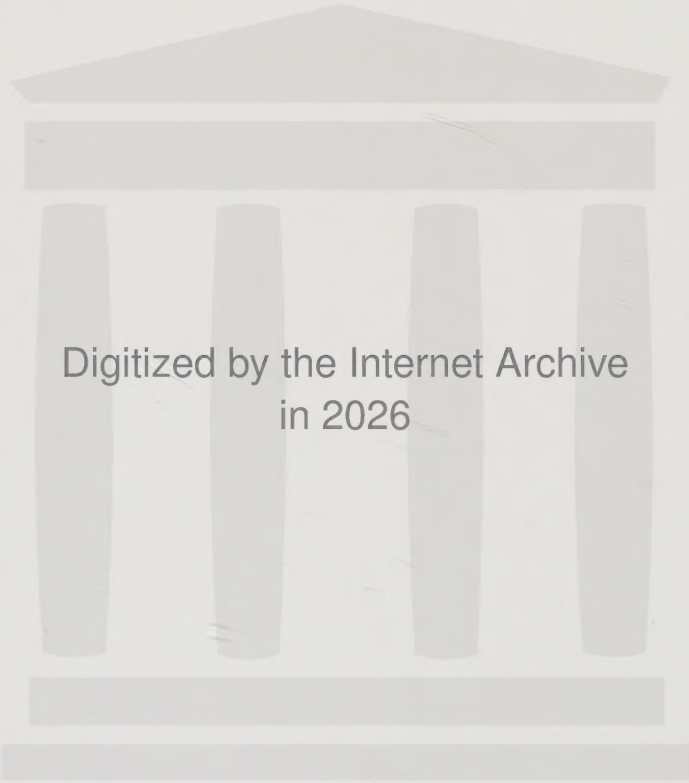


**Der Gedanke des Sondererbrechts
und § 139 HGB**

VON

ALBERT PETERSEN

1960



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Gedanke des Sondererbrechts und § 139 HGB

Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz

von

Albert Petersen

Assessor

aus Hildesheim

MAINZ 1961



Referent: Professor Dr. jur. Horst Bartholomeyczik

Korreferent: Professor Dr. jur. Johannes Bärman

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juli 1960

Inhaltsübersicht

Schrifttumsverzeichnis	V-X
Abkürzungsverzeichnis	XI-XII
Vorbemerkung	1- 2
I. Teil: Das Institut des Sondererbrechts	
1. Die Gesamterbfolge	3
2. Die Sondererbfolge	3- 4
Einzelne Fälle im geltenden Recht	
a) Anerbenrecht	4- 5
aa) Reichserbhofgesetz	5
bb) Höfeordnung v. 24. 4. 1947	5- 6
b) der Heimstättenfolger	6
c) § 19 Mieterschutzgesetz	6- 7
d) Sondererbfolge in die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters einer OHG	7- 8
II. Teil: Die Mitgliedschaft in einer OHG	
1. Vorbemerkung	9
2. Die Bestandteile der Mitgliedschaft	9-11
a) die eigentliche Mitgliedschaft	10-11
b) die vermögensrechtliche Beteiligung	10-11
3. Der Fortbestand der OHG nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters	12-13
a) der Grundsatz des Erlöschens	12
b) Fortsetzungsmöglichkeiten	
aa) unter den übrigen Gesellschaftern	12

bb) unter Hinzuziehung eines neuen Gesellschafters	12-13
1. das Eintrittsrecht	12-13
2. die Nachfolgeklausel	13
4. Die Nachfolge in die Mitgliedschaft auf Grund der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag	
a) der Grundsatz der Nichtübertragbarkeit	13-14
b) die Übertragbarkeit von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft	14-15
c) die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft in einer OHG nach moderner Auffassung	15-16
5. Die Nachfolge in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall	17-22
a) durch aufschiebend bedingten Verfügungsvertrag	17-18
b) durch Bestellung eines Nießbrauchs	18
c) durch Verfügungsvertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall	18-21
d) Zwischenergebnis	22
6. Zur Vererblichkeit der Mitgliedschaft	22-27
a) die Anerkennung der Vererblichkeit	22
b) der Umfang der Vererblichkeit	23
1. Vererbung des überwiegend vermögensrechtlichen Teils der Mitgliedschaft	23-24
2. Vollvererbung der Mitgliedschaft gem. § 1922 BGB	24
3. Vollvererbung gem. § 139 HGB	24
4. Die Mitgliedschaft als ein Sondergut	24-25
c) Anmerkungen	25-27
1. Zustimmung der Ansicht unter b) 1.	25
2. Ablehnung der Ansichten unter b) 2., b) 3. und b) 4.	26-27
7. Zusammenfassung	27-28

III. Teil: Kollisionen zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht bei der Nachfolge von Erben in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters

1. Nachfolge des Alleinerben	29-30
2. Nachfolge sämtlicher Miterben	30-31
3. Nachfolge nicht sämtlicher Miterben	32-34
4. BGHZ, Urteil vom 22. November 1956 (Bd. 22, S. 186 ff.)	34-35
5. Anmerkungen	36-38

IV. Teil: Sondererbfolge in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft

A. Die Vermeidung des Konflikts zwischen Gesellschafts- und Erbrecht durch Annahme einer Sondererbfolge

1. Der Rechtskonflikt bei der Nachfolge	39-40
a) Die gesellschaftsrechtliche Konstruktion	39
b) Die erbrechtliche Konstruktion	40
2. Der Interessenkonflikt bei der Nachfolge	40-41
3. Die Sondererbfolge	41-42
a) Das legitime Interesse an einer Sondererbfolge	42
b) Die Vereinbarkeit der Sondererbfolge mit den Normen des geltenden Rechts	42-43

B. Die Ausgestaltung der Sondererbfolge in die Mitgliedschaft

1. Die Berufung des Sondererben	44
2. Der Sondererbe als Mitglied der Miterbengemeinschaft	44-45
3. Sondererbfolge auf Grund einer Verfügung von Todes wegen	45
4. Sondererbfolge nach gesetzlicher Erbfolgeregelung	45-47
a) Teilnachfolge	45
b) Vollnachfolge, d. h. Sondererbfolge	46-47
5. Die Wertanrechnungspflicht des Sondererben	47-49

6. Die Berechnung des vermögensmäßigen Wertes der Mitgliedschaft	49-50
C. Die Haftung des Sondererben	
1. Für die bis zum Tode des Erblasser-Gesellschafters entstandenen Gesellschaftsschulden (sog. Altschulden)	50-52
a) Das Interesse der Nachlaßgläubiger	51
b) Das Interesse des Sondererben	51-52
2. Die Haftung des Sondererben für die sonstigen Ver- bindlichkeiten des Erblassers	52
3. Die Haftung des Sondererben für die nach dem Erbfall entstandenen Gesellschaftsschulden (sog. Neuschulden)	52
D. Zusammenfassung	53
E. Schluß	54

Lebenslauf

Schrifttumverzeichnis

Bartholomeyczik	Die Kunst der Gesetzesauslegung, 2. Aufl., 1960
Bartholomeyczik	Erbrecht, 4. Aufl., 1960
Bartholomeyczik	Die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten (in Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht, 1938, S. 321-325)
Baumbach - Duden	Handelsgesetzbuch (Kommentar), 14. Aufl., 1961
Baumbach - Hueck	GmbH-Gesetz (Kommentar), 9. Aufl., 1960
Bettermann	Kommentar zum Mieterschutzgesetz, 1950 ff,
BGB - RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., II. Band, 2. Teil und V. Band, 1. Teil, 1960
Boehmer	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Teil II, Bd. 2, 1952
Boehmer	Einführung in das Bürgerliche Recht, 1954
Bosch	Die Regelung der Nachlaßverbindlichkeiten im Erbhofrecht, Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 31, 1934
Brecher	Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, 1953
Brecher	Subjekt und Verband, in: Festschrift für Alfred Hueck, 1959

Buchwald	Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsvertrag, in JR 1955, S. 173
Buchwald	Geschäftsanteil und Erbrecht, in AcP Bd. 154, S. 22 ff.
Dölle	Lehrbuch des Erbhofrechts, 2. Aufl., 1939
Düringer-Hachenburg Flechthelm	Handelsgesetzbuch, Teil II, 2. Hälfte, 3. Auflage, 1932
Enneccerus-Lehmann	Schuldrecht, 15. Bearbeitung, 1958
Esser	Schuldrecht, 2. Aufl., 1960
Ermann	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., 1958
Fischer	Lindenmaier-Möhring, 1957, 9/10, Bl. 433 (Anmerkung)
Fischer	Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Erben in einer Personengesellschaft des Handelsrechts, in BB 1956, S. 839-841
Gadow-Heinichen- Fischer	Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 2. Auflage, 1957
v. Gierke	Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, in: Festgabe für Wieland, 1934
v. Godin-Wilhelmi	Gesetz über AG und Kommanditgesellschaft auf Aktien, 2. Aufl., 1950
Hachenburg	GmbHG (Kommentar), 1. Bd., 6. Aufl., 1956
Haupt-Reinhardt	Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 1952

Heinsheimer	Über die Teilhaberschaft, Beiträge zum inneren Recht der Personalgesellschaften, 1930 (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)
Heymann - Kötter	Handelsgesetzbuch, 20. Aufl., 1950
Holch	Testamentsvollstreckung an einer OHG-Beteiligung?, in DNotZ 1958, 282
Hueck	Recht der OHG, 2. Aufl., 1951
Hueck	Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., 1959
Hueck	Gesellschaftsverträge und Erbrecht, in DNotZ 1952, 550 ff.
Hueck	NJW 1954, 477 (Anmerkung)
Hueck	JZ 1954, 504 ff. (Anmerkung)
Hueck	JZ 1957, 222 ff. (Anmerkung)
Jörs	Römisches Recht: Geschichte und System des Römischen Privatrechts, 1927
Kaufmann	Zur Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Vermögensbindung, in JZ 1959, 522, 523
Kipp - Coing	Erbrecht, 11. Bearbeitung, 1960
Koenige - Teichmann - Koehler	Handausgabe des HGB, 4. Aufl., 1. Band, 1936
Knur	Zugewinnngemeinschaft, Ehevertrag und Verfügung von Todes wegen, in DNotZ 1957, 451 ff.

Küster	Zur Frage der Gestaltbarkeit der Rechtsnachfolge für den Todesfall bei der OHG, in DNotZ 1956, 460 ff.
Lange	Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Bd. II der Denkschrift des Erbrechtausschusses der Akademie für Deutsches Recht, 1938
Lange - Wulff	Höfeordnung vom 24. 4. 1947, 4. Aufl., 1954
Larenz	Schuldrecht, 1. Band: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1960
Lehmann	Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1959
Lewis	Das Recht des Familienfideikommises, 1868
Liebisch	Über die Rechtsstellung eines Erben eines offenen Handelsgesellschafters, in ZHR Bd. 116, S. 128 ff.
Linckelmann	Höfegesetz für die Provinz Hannover, 3. Aufl., 1929
Michaelis	Erbenstellung und Gesellschaftserstellung in der Personalgesellschaft, Rechtsspiegel der Wirtschaft, 1944, S. 192 ff.
G. u. D. Reinicke	Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und Erbrecht, in NJW 1957, 561 ff.
Riechert	Die Berechnung der Kommanditeinlage im Falle des § 139 HGB, in NJW 1958, 401 ff.
Roquette	Mietrecht, 4. Aufl., 1954
Sack	Die Erbengemeinschaft, ein unerwünschter Zuwachs der personenrechtlichen Handelsgesellschaft, Diss. Köln 1955

Schlegelberger -	Handelsgesetzbuch, Bd. II, bearbeitet von Geßler, 3. Aufl., 1955
Schlicht	Zugehörigkeit des Gesellschafteranteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklausel (§ 139 HGB)², in NJW 1954, 984 ff.
Siebert	Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 13a, 3., um einen Anhang erweiterte Auflage, 1958
Siebert	Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer OHG, in NJW 1955, 809 ff.
Siebert	Nießbrauch am Gewinnrecht des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, in BB 1956, 1126
Siebert	Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, in BB 1956, 837 ff.
Siebert	Nachfolge eines Miterben in die Gesellschafterstellung bei der offenen Handelsgesellschaft, in BB 1957, 18 ff.
Siebert	Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, in Festschrift für Alfred Hueck, 1959
Staudinger, von	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Teil, 11. Auflage, 1958; Band V, Erbrecht, 1. Teil, 11. Auflage, 1954

Sudhoff	Die Berechnung der Kommanditeinlage im Falle des § 139 HGB, in NJW 1958, 401 ff.
Tiedau	Gesellschaftsrechtliche Nachfolge im Verhältnis zum Erbrecht und zum neuen ehelichen Güterrecht, in MDR 1957, 641 ff.
Töteberg	Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Göttingen, 1955
Vogels	Reichserbhofgesetz, 4. Aufl., 1937
Weiler	Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers, in DNotZ 1952, 289
Weipert	RGRK zum Handelsgesetzbuch, Band 2, 2. Aufl., 1950
Westermann	Sachenrecht, 4. Aufl., 1960
Wolf	Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen offenen Handelsgesellschafters, in NJW 1954, 1549
Wolf-Raiser	Sachenrecht, 10. Bearbeitung, 1957
Wöhrmann	Das Reichserbhofrecht, 3. Aufl., 1939
Würdiger	Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personengesellschaften, 1937
Zunft	Unklarheiten zu § 139 HGB, in NJW 1957, 1129 ff.

Abkürzungsverzeichnis

AcP	=	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	=	Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch
AG	=	Aktiengesellschaft
AktG	=	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz)
ALR	=	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AVO	=	Ausführungsverordnung
BB	=	Der Betriebs-Berater
Bd.	=	Band
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
DGWR	=	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
Diss.	=	Dissertation
DNotZ	=	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung
DR	=	Deutsches Recht
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	=	Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GenG	=	Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften

HO	=	Höfeordnung
HStG	=	Heimstättengesetz
Iher. Jahrb.	=	Iherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	=	Juristische Rundschau
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	Juristenzeitung
KG	=	Kammergericht
KommG	=	Kommanditgesellschaft
LG	=	Landgericht
L/M	=	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, hrsg. von Lindenmaier, Möhring
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchG	=	Mieterschutzgesetz
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	=	Offene Handelsgesellschaft
OLG	=	Oberlandesgericht
REG	=	Reichserbhofgesetz
RG	=	Reichsgericht
RGBl. I	=	Reichsgesetzblatt, Teil I
RGZ	=	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHG	=	Reichsheimstättengesetz
S	=	Seite
VO	=	Verordnung
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht

Vorbemerkung

Die Nachfolge eines Erben in die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft bietet sowohl in historischer als auch in dogmatischer Hinsicht eine Fülle von Problemen. Entstanden sind sie in der Hauptsache durch die noch heute fortwirkenden, tiefgreifenden Gegensätze zwischen römischem und deutschem Recht. Nach dem streng individualistisch ausgerichteten römischen Recht löste sich mit dem Tode eines Gesellschafters der Gesellschaftsverband¹⁾. Eine Fortsetzung der Gesellschaft war nur durch eine Neubegründung unter den verbleibenden Gesellschaftern mit den Erben denkbar. Demgegenüber kannte das sozial- und sippenrechtlich ausgeprägte deutsche Recht einen Fortbestand der Gesellschaft auch über den Tod eines Gesellschafters hinaus. Dies konnte sich entweder aus der Rechtsordnung selbst²⁾ oder kraft Vereinbarung³⁾ ergeben.

Der deutschrechtliche Grundsatz des Fortbestandes einer Gesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters ist von den modernen Kodifikationen abgelehnt worden.⁴⁾ Die Gesellschaft erlischt, und eine Fortsetzung ist nur möglich, wenn sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist.⁵⁾ Soll aber die Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters fortgesetzt werden⁶⁾, dann überschneidet sich das streng individualistisch

1) Nur möglich war eine Erbnachfolge in die vermögensmäßige Beteiligung; durch Beschluß der übrigen Gesellschafter konnte mit dem Nachfolger eine neue Gesellschaft begründet werden (vgl. D 7, II, 59 pr.; 63 § 8); vgl. auch RGZ 16, 45; v. Gierke, a. a. O., S. 94 ff.

2) Z. B. im Lüneburgischen Stadtrecht II, Titel 23; ALR I, 17, § 278 ff.

3) Z. B. in den Fuggerischen Gesellschaftsverträgen von 1494 und 1502.

4) z. B. § 727 BGB, § 131 HGB.

5) z. B. § 727 Abs. 1, zweiter Halbsatz; § 131, Ziff. 4 HGB.

6) diese als Ausnahme gedachte Fortsetzung ist allerdings zur Regel geworden.

geformte Gesellschaftsrecht mit dem gemeinschaftsbezogenen Erbrecht. Die dadurch entstehenden Rechtskonflikte und im Zusammenhang damit aufgeworfenen Fragen gehören zu den schwierigsten und umstrittensten des Gesellschafts- und Erbrechts überhaupt.¹⁾ Die bisher von der Wissenschaft und der Rechtsprechung zur Überbrückung der Gegensätze beschrittenen Wege haben weder zu übereinstimmenden Ergebnissen geführt noch die entstandenen Konflikte zu überwinden vermocht. Mehr und mehr herrscht deshalb die Ansicht, daß ein reibungsloses Zusammenwirken von gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Normen bei der Nachfolge in einer Personalgesellschaft nur durch eine Sonderbehandlung der Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters erreicht werden kann. Diese Sonderbehandlung soll sich in der Form darstellen, daß dem Nachfolge-Erben in die Mitgliedschaft eine Sondererbfolge eröffnet wird.²⁾ Über die rechtliche Ausgestaltung dieses noch sehr umstrittenen Falles einer Sondererbfolge herrschen jedoch erhebliche Unklarheiten. Im folgenden soll daher festgestellt werden, ob der Gedanke eines Sondererbrechts bei der Nachfolge von Erben in eine Personalgesellschaft überhaupt anwendbar ist. Es geht hierbei um die Frage — und damit ist der zu behandelnde Gegenstand dieser Arbeit bereits umrissen — „ob die Gesellschafter einer Personalgesellschaft rechtlich in der Lage sind, ihre Nachfolge abweichend von zwingenden erbrechtlichen Vorschriften zu regeln, wie das etwa im Höferecht gesetzlich besonders vorgesehen ist.“³⁾

1) so Hueck, DNotZ 1952; Fischer, 1957, Bl. 433, Nr. 1 zu § 139 HGB (Anm.).

2) Diese Begründung wurde zum ersten Male von Bartholomeyczik in Erman, 1. Auflage, 1952, § 2032 Anm. 5c, gegeben. Vgl. weiterhin Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 23 ff.; NJW 1955, 810; BB 1957, 18 ff.; KG in DNotZ 1955, 418; Schlegelberger-Hefermehl, a. a. O., § 139, Anm. 25; Staudinger-Boehmer, a. a. O., § 1922, Anm. 162; Zunft in NJW 1957, 1131; G. u. D. Reinecke, NJW 1957, 561; Liebisch in ZHR, 116, 128 ff.; Baumbach-Duden, a. a. O., § 139, Anm. 1) bis 3); Kipp-Coing, a. a. O., § 91, IV.

3) Fischer, a. a. O., Bl. 433, Nr. 1 zu § 139 HGB (Anm.).

I. Teil: Das Institut des Sondererbrechts

1. Die Gesamterbfolge

Das geltende Erbrecht beruht auf dem Grundsatz der Gesamterbfolge (§§ 1922, 1967, 2058 BGB). Das Vermögen des Erblassers geht ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der einzelnen Vermögensgegenstände oder deren Herkunft als Einheit auf einen Alleinerben (Universalerben) oder mehrere Miterben (Miterbengemeinschaft) über¹⁾. Die Nachlaßgüter sollen dadurch in der Hand derer vereinigt werden, die für die Nachlaßschulden einzustehen haben.

Hinterläßt der Erblasser nur einen — gesetzlichen oder gewillkürten — Erben, so erwirbt dieser allein und ausschließlich die Erbschaft. Aber auch mehrere Erben — Miterben — erwerben das Vermögen des Erblassers als Ganzes. Ihnen steht nach dem Grundsatz der romanistischen Gesamterbfolge jeder Nachlaßgegenstand mit dem Erbfall gemeinschaftlich zu, jedoch, abweichend vom römischen Recht, nicht zu Bruchteilen, sondern zur **gesamten Hand** (§§ 2032 ff. BGB)²⁾. Nur gemeinschaftlich können die Miterben über Nachlaßgegenstände verfügen (§ 2040 Abs. 1 BGB) und erst auf Grund der Auseinandersetzung, durch die die Gesamthandsgemeinschaft aufgelöst wird, erlangt auch der einzelne Miterbe Verfügungsmacht über bestimmte Nachlaßgegenstände.

2. Sondererbfolge

Der Grundsatz der romanistischen Gesamterbfolge, d. h. des einheitlichen Übergangs des Vermögens des Erblassers auf den oder die Erben, wird für die Fälle des Sondererbrechts durchbrochen, in denen bestimmte Gegenstände von dem Nachlaß abgespaltet und in die Zukunft hinein

1) Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 13, 30.

2) Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 195.

nach einer von der allgemeinen verschiedenen Erbfolge vererbt werden.¹⁾ Der Gedanke eines Sondererbrechts hat sich besonders dort lange erhalten, wo die Zerschlagung von erhaltenswerten Nachlaßeinheiten vermieden werden sollte.²⁾

Dies wird besonders deutlich bei der Vererbung eines landwirtschaftlichen Betriebes, dessen organische Einheit dann verletzt werden könnte, wenn man ihn dem allgemeinen Teilungsrecht unterstellte. Deshalb bildete sich schon früh das sog.

a) Anerbenrecht

Schon im Mittelalter stellte der Hof des freien Bauern gegenüber seinem sonstigen Vermögen ein Sondervermögen dar. Dieses Sondervermögen sollte einem bestimmten Erben, dem Anerben, zufallen, der auch gegen den Willen des Erblassers den Hof erben konnte. Dadurch wurde der Zerfall der bäuerlichen Wirtschaftseinheit vermieden.³⁾

-
- 1) Ausnahmsweise konnte auch das römische Recht eine erbrechtliche Sondernachfolge in einzelne Nachlaßgegenstände. Sie wurde vom Erblasser durch Errichtung eines Vermächtnisses, dem *legatum per vindicationem*, angeordnet. Im Augenblick des Erbschaftsanfalls erwarb der Legatar den zugeordneten Nachlaßgegenstand mit dinglicher Wirkung. Der Legatar hatte jedoch nicht die Stellung eines Erben, so daß für ihn lediglich eine Sondernachfolge in einzelne Gegenstände, aber kein — subjektives — Sondererbrecht eröffnet wurde.

Auch das Fideikommiß des römischen Rechts stellte kein Sondererbrecht dar. Es begründete niemals unmittelbar ein Recht des Bedachten an der vermachten Sache — wie beim *legatum per vindicationem* —, sondern immer nur ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten (vgl. Jörs, a. a. O., S. 217, 250, 251). Im gemeinen Recht und in den Hausrechten des hohen Adels wandelte sich die ursprüngliche Bedeutung des Fideikommiß: nunmehr ist es ein Grundvermögen, das durch rechtsgeschäftliche Bestimmung des Stifters als Sondervermögen einer bestimmten Familie erhalten bleibt, grundsätzlich unveräußerlich und nach einer bestimmten Ordnung in der Familie erblich ist. Der Nachfolgefähige hatte mit seiner Geburt ein unentziehbares Folgerecht in das Fideikommiß. Er konnte jedoch darüber keine Verfügungen treffen, die der Bestimmung des Stifters widersprachen (vgl. Lewis, a. a. O., S. 35 ff.).

- 2) vgl. Lange in Denkschrift des Erbrechtausschusses der Akademie für Deutsches Recht, Band II, S. 75 ff.
- 3) Das Anerbenrecht hatte sich jedoch regional verschieden entwickelt. Der römisch-rechtliche Gedanke des frei verfügbaren Alleineigentums führte z. B. im Rheinland zu Zwergbesitz von Grundstücken mit drei oder vier Weinstöcken. Die konservativ-sozialen Gegenströmungen in den 50er Jahren des 19. Jahrhunderts führten jedoch zu einer kräftigen Neubelebung des gebundenen landwirtschaftlichen Familienbesitzes. (Vgl. Staudinger-Boehmer, a. a. O., Einl., § 19, III.)

aa) Im **Reichserbhofgesetz von 1933** fand der Gedanke des Sondererbrechts des Anerben seine schärfste Ausprägung. Mit dem Erbfall ging der Erbhof ungeteilt und ausschließlich auf den Anerben über (§ 19 REG). Der gemeinsame Nachlaß spaltete sich dadurch in zwei getrennte Vermögensmassen. Die übrigen Miterben und der Anerbe bildeten eine Erbengemeinschaft auch dann, wenn der Anerbe nur den Hof erbte, aber die erbrechtliche Gesamthandsgemeinschaft erstreckte sich nur auf den übrigen Nachlaß, nicht aber auf den Erbhof.¹⁾ Nach außen hafteten beide gemäß den Vorschriften des BGB für die Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner (§ 2058 BGB, § 14 Erbhofrechtsverordnung vom 21. 12. 1939). Eine Wertanrechnungspflicht des Anerben gegenüber den sog. „weichenden Erben“ bestand nicht. Diese hatten somit keine Abfindungsansprüche gegen den Anerben, aber unter den Voraussetzungen der §§ 30, 31 REG ein Recht auf Erziehung, Versorgung, Ausstattung und Ausbildung, auf Zuflucht und auf Einräumung eines Altenteils. Nach § 24 REG konnte der Erblasser die Erbfolge kraft Anerbenrechts weder ausschließen noch beschränken, sondern nur die dort gestatteten Maßnahmen treffen.

bb) Das Reichserbhofgesetz wurde in der britischen Zone Deutschlands durch **die Höfeordnung vom 24. 4. 1947** abgelöst. Auch nach ihr fällt der Hof dem Erben als Teil der Erbschaft an. Es gibt nur einen Nachlaß, und dieser umfaßt den Hof, der damit auch, wie der übrige Nachlaß, dem Zugriff der Nachlaßgläubiger offen steht (§ 15 I HO). Mit den übrigen Miterben bildet der Hoferbe eine Erbengemeinschaft, auch wenn er nicht mehr als das Sondergut, den Hof, erbt.²⁾ Der Nachlaß wird nicht, wie nach dem REG, in zwei Vermögensmassen aufgespaltet, vielmehr tritt der Wert des Hofes an dessen Stelle. Die „weichenden Erben“ haben somit einen Abfindungsanspruch gegen den Hoferben. Bei der Berechnung der Abfindungsansprüche werden $\frac{3}{10}$ des kapitalisierten Hofwertes dem Hoferben „als Bauernlohn“ (Unternehmerlohn) vorweg zugestanden (§ 12 III 2 HO). Daraus ergibt sich: Alle Erben des Erblassers haben ihren Erbteil an dem gesamten Nachlaß einschließlich des Hofes,

1) Die zwischen dem Anerben und den übrigen Erben bestehende Gemeinschaft wurde vielfach Nebenerbengemeinschaft genannt; vgl. Dölle, a. a. O., S. 239, streitig.

2) vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 196 ff.; Lange-Wulff, a. a. O., § 4, Bem. 55, 56.

dieser wird jedoch durch die vom Gesetz eröffnete Sondererbfolge von dem Nachlaß abgespalten und geht auf den Hoferben allein und ausschließlich über, so daß die Miterben gegen ihn einen Anspruch auf Auszahlung ihres Erbteils in Geld erhalten.¹⁾

Die Höfeordnung mildert weiterhin auch die strenge Verfügungsbeschränkung des Reichserbhofgesetzes. Zwar kann nach ihr der Eigentümer die Erbfolge kraft Höferechts durch Verfügung von Todes wegen nicht ausschließen, er kann sie aber beschränken und den Anerben grundsätzlich frei bestimmen (z. B. durch Einsetzen eines Nacherben — §§ 7, 16 I HO —).

b) Die wirtschaftlichen Folgen des Ausgangs des Ersten Weltkrieges führten zu dem Versuch, die Wohn- und Wirtschaftsbedürfnisse des Mittelstandes und der finanziell schwachen Volkskreise durch den Erlaß eines Heimstättengesetzes zu fördern.²⁾ Es entstand das **Reichsheimstättengesetz** vom 10. 5. 1920 (RGBl. I, S. 962, 1218) in der Fassung vom 25. 11. 1937 (RGBl. I, S. 1291) i. V. mit AVO vom 19. 7. 1940 (RGBl. I, S. 1027). Nach § 26 der AVO erwirbt der Heimstättenfolger als Sondererbe die Heimstätte mit dem Erbfall zum Alleineigentum, jedoch muß er, im Gegensatz zum Hoferben, Miterbe des übrigen Nachlasses sein. Bei der Auseinandersetzung unter den Miterben wird der Wert der Heimstätte, die sich nicht in der Gesamthand befindet, dem übrigen Nachlaß hinzugezählt (§ 31 AVO i. V. mit § 15 Abs. 1 Heimstättengesetzes). Die Sicherung von Abfindungsforderungen der übrigen Miterben gegen den Heimstättenfolger ist durch Eintragung im Grundbuch, allerdings nur im beschränkten Maße, möglich³⁾ (§ 33 der AVO vom 19. 7. 1940). Falls der Heimstättenfolger nicht zur Verfügung von Todes wegen bezeichnet ist, kann er nach dem Erbfall durch Einigung aller Miterben oder durch ihren Zweidrittelmehrheitsbeschluß nach Anteilen unter Mitwirkung des Nachlaßgerichtes bestimmt werden (§ 26 Ziff. 2 und 3 AVO).

c) Auch nach § 19 Abs. 1 Mieterschutzgesetz treten die Familienangehörigen eines verstorbenen Mieters, die zu seinem Hausstand gehören, aber

1) vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 197; Lange-Wulff, a. a. O., § 4, Bem. 56; § 12, Bem. 140.

2) Staudinger-Boehmer, a. a. O., Einl. § 19 III 2.

3) vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 198.

nicht nach allgemeinem Erbrecht erben, kraft gesetzlicher Sondernachfolge in das Mietverhältnis des Erblassers ein. Die Rechtsgemeinschaft, die sie hinsichtlich der Mietwohnung bilden, stellt eine Bruchteils- und keine Gesamthandsgemeinschaft dar.¹⁾ Das ergibt sich zwar nicht aus § 19 Mieterschutzgesetz selbst, sondern daraus, daß „die Gemeinschaftsvorschriften ausreichen, das Rechtsverhältnis der Sondernachfolger nach innen und außen befriedigend zu gestalten“²⁾, und somit kein Bedürfnis besteht, die im Gesetz anerkannten Fälle der Gesamthandsgemeinschaften auf die Gemeinschaft der haushaltszugehörigen Angehörigen zu erweitern.³⁾

d) Sondererbfolge in die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft (OHG)

Mit dem Tode des Gesellschafters einer OHG wird auch die Gesellschaft selbst aufgelöst⁴⁾, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung vorsieht. Soll nach dem Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt werden, dann wäre nach allgemeinem Recht der Gesellschaftsanteil, soweit er ein Vermögensrecht darstellt, bis zur Auseinandersetzung gesamthänderisch gebunden. Dadurch wird, sofern mehrere Erben vorhanden sind, ein unmittelbarer Übergang der Beteiligung im Zeitpunkt des Erbfalls an den oder die im Gesellschaftsvertrag zur Nachfolge berufenen Erben vereitelt. Erst nach einer erbrechtlichen Auseinandersetzung wird dem Nachfolger der Zugriff auf seinen jeweiligen Anteil an der Mitgliedschaft des Erblassers eröffnet. Diese Unterbrechung der Gesellschaftsnachfolge ist jedoch gesellschaftsrechtlich in höchstem Maße unerwünscht. Sie ist auch nicht dadurch zu umgehen, daß man bis zur Auseinandersetzung die Erbengemeinschaft als Inhaberin der Mitgliedschaft ansieht. Nach heute herrschender Meinung kann die Erbengemeinschaft nicht Mitglied einer Personalgesellschaft sein, weil sie weder ein selbständiges Rechtsgebilde ist noch für ihre Mitglieder die in § 128 HGB vorausgesetzte

1) vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 198; Bettermann, a.a.O., § 19 MSG, Anm. 90; a.A. Roquette, a.a.O., S. 35, N. 15, ohne nähere Begründung.

2) Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199.

3) Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 198.

4) vgl. § 131 Ziff. 4 HGB.

unbeschränkte Haftung übernehmen kann.¹⁾ Ein unmittelbarer Übergang der Mitgliedschaft auf den oder die berufenen Erben ist indessen dann denkbar, wenn der Gedanke einer Sondererbfolge auch auf die Nachfolge in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer OHG übertragen wird. Der Erwerb der Beteiligung durch die Gesamthand der Erbengemeinschaft und die damit verbundenen Folgen würden dadurch ausgeschlossen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieses Gedankens ist jedoch, daß ein legitimes Interesse besteht, den vererblichen Teil der Mitgliedschaft entgegen dem allgemeinen Recht an eine Sondererbfolge zu binden.²⁾ Ein solches Interesse ist dann vorhanden, wenn jede andere Nachfolgeregelung, etwa durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall, von Rechts wegen nicht durchzuführen oder jedenfalls nur als Ausnahme denkbar ist.

Im Rahmen dieser Arbeit werden deshalb sämtliche denkbaren Nachfolgekonstruktionen zu behandeln sein. Einzugehen ist zuvor jedoch auf die einzelnen Bestandteile der Mitgliedschaft in einer OHG. Sie sind z. T. personenrechtlicher Natur, so daß eine reibungslose Vererbung der gesamten Mitgliedschaft Schwierigkeiten bereitet.

1) Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 21; RGZ ständ. Rechtspr. seit Bd. 16, S. 40 ff.; Weipert, RGRK zum HGB, § 139, Anm 25; KG in DNotZ 1955, S. 420; Heymann-Kötter, a.a.O., § 139, Anm. 2; zweifelnd: Buchwald in JR 1955, S. 175, 176.

2) ablehnend: Fischer, a.a.O., Bl. 433; Kaufmann in JZ, 1955, 522 ff. mit m. E. verfehlter Begründung; einschränkend: BGHZ 22, 186 ff.

II. Teil: Die Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft

1. Vorbemerkung

Die OHG ist die vom positiven Recht ausgebildete Form eines Verbands.¹⁾ Für sie erscheint das Gesamthandsprinzip besonders angemessen, weil das Gesellschaftsvermögen in den Dienst eines vertraglich festgelegten gemeinsamen Zwecks gestellt wird. Diese Rechtsverbindung verhindert es, daß einzelne Gesellschafter Sonderverfügungen über ihren Anteil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen treffen können. Dieses Befugnis steht nur den Gesellschaftern gemeinsam zu oder aber denen, die auf Grund Gesellschaftsvertrages besonders dazu berufen sind.^{2) 3)}

2. Die Bestandteile der Mitgliedschaft

Aus der Vorbemerkung ergibt sich, daß die Rechts- und Pflichtenstellung des Gesellschafters einer OHG Mitverwaltungs- und Mitbestimmungsrechte zu umfassen hat (so zumindest die gesetzlich bestimmten), ferner eine Berechtigung dazu vorhanden sein muß, mit über die Gegenstände

1) vgl. Brecher in: Festschrift für Hueck, S. 248.

2) In erster Linie ist es das Verbandsrecht (= Gesellschaftsvertrag), das die Verhältnisse der Gesellschaft zueinander und auch das Verhältnis der Gesellschaft zur Außenwelt ordnet (z. B. Geschäftsführungsbefugnis, Vertretungsmacht). Der Dispositionsfreiheit der Gesellschafter sind jedoch im Interesse der Rechtssicherheit Grenzen gesetzt (vgl. §§ 126 Abs. II, 128 HGB). In diesen Fällen zwingt das Gesetz die Gesellschafter zu einem bestimmten Verhalten, so daß eine gesellschaftsvertragliche Beschränkung der Befugnisse einzelner Gesellschafter im Verhältnis zu Dritten nicht zulässig ist (anders z. B. die anglo-amerikanische Ultra-vires Lehre, nach der grundsätzlich jede Beschränkung der Befugnisse im Innenverhältnis auch nach außen wirkt).

3) vgl. auch Heinsheimer, a.a.O., S. 17 ff.; RGZ 16, 17; 38, 121.

verfügen zu dürfen, die die Mitglieder eingebracht haben oder die durch sonstigen Erwerb Vermögen der Gesellschaft geworden sind. Weiterhin werden im allgemeinen Vermögensrechte der einzelnen Gesellschafter vorhanden sein, die ihren sichtbaren Ausdruck im sog. Kapitalanteil finden.

Üblicherweise werden deshalb die Mitgliedschaftsrechte des Gesellschafters einer OHG in Mitverwaltungs- und in Vermögensrechte gegliedert.¹⁾

Bei eingehender Betrachtung der Struktur einer OHG erscheint diese Einteilung ungenau. Sie betont nicht die äußerst wichtigen gesamthänderischen Rechte des Gesellschafters am Vermögen der Gesellschaft. Ferner betrachtet sie Vermögensrechte des Gesellschafters als einen unbedingt notwendigen und immer vorhandenen Teil der Mitgliedschaft. Das ist jedoch dann nicht der Fall, wenn ein Gesellschafter bei seinem Eintritt in die Gesellschaft außer der persönlichen Haftung lediglich seine Arbeitskraft einbringt. Auch dann ist er als Gesellschafter Mitträger des gesamten ungeteilten Gesellschaftsvermögens, obwohl ihm ein eigener Kapitalanteil fehlt²⁾.

Siebert gibt eine brauchbare Gliederung der Mitgliedschaftsrechte³⁾. Er unterscheidet dabei

a) die eigentliche Mitgliedschaft⁴⁾, die sich aus der persönlichen Stellung des Gesellschafters in der Gesellschaft und seiner Berechtigung als Gesamthänder ergibt und

b) die an sich nicht notwendige vermögensmäßige Beteiligung, die im Kapitalanteil zum Ausdruck kommt.

Zu a): Durch die Aufnahme in die Gesellschaft erwirbt der einzelne Gesellschafter immer eine persönliche Mitgliedstellung, die in Form von Rechten und Pflichten sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis ihren Niederschlag findet; etwa als Stimmrecht bei Gesellschaftsbeschlüssen, als Geschäftsführungs- und Widerspruchsrecht gegen Akte der Geschäftsführung, als Kontrollrecht, als Rechte auf Gewinn, Entnahme, Aufwendungsersatz usw.; nach außen im Vertretungsrecht, im

1) z. B. Hueck, OHG, S. 166.

2) vgl. Heinsheimer, a. a. O., S. 33 ff. Vgl. Urteil des BGH vom 11. 5. 1959 in BB 1959, 575.

3) Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 6; vgl. auch Liebisch in ZHR 116, 135 ff.

4) Die Mitgliedschaft oder auch Beteiligung ist Ausdruck für die Zugehörigkeit zur Gesellschaft, vgl. Liebisch in ZHR 116, 135 ff.

Recht auf Kündigung und Liquidatorentätigkeit und in der Befugnis, bei Gericht die Entziehung des Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsrechts zu beantragen.

Diesen Rechten des Gesellschafters stehen Pflichten gegenüber, so als Treupflicht, Geheimhaltungs-, Tätigkeits- oder Einlagepflicht.¹⁾

Ferner ist der Gesellschafter berechtigtes Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft, die an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens besteht. Selbst der Gesellschafter ohne Kapitaleinlage nimmt an dieser Verfügungsmacht teil, ist also mitberechtigtes Mitglied innerhalb der Gesamthand, nur steht ihm daran kein quotenmäßig oder rechnerisch bestimmbarer Anteil zu.²⁾

Zu b): Die vermögensmäßige Beteiligung eines Gesellschafters findet ihren sichtbaren Ausdruck im sog. Kapitalanteil. Dieser besagt, in welchem wertmäßigen Umfang der Gesellschafter am Vermögen der Gesellschaft beteiligt ist³⁾. Die genaue Höhe der Beteiligung eines jeden Gesellschafters läßt sich nur durch das Verhältnis der Ansprüche des einen zu den Ansprüchen der anderen Gesellschafter gegen die Gesellschaft bestimmen. Das Kapitalkonto des einzelnen Gesellschafters mit seiner festen Wertziffer stellt deshalb nur einen ungenauen Ausdruck der wahren vermögensmäßigen Beteiligung des Gesellschafters dar⁴⁾.

- 1) Im Rahmen dieser Arbeit kann darauf verzichtet werden, der Frage der Zuordnung der einzelnen Gesellschafterrechte (als Vermögens- oder Nicht-Vermögensrechte) weiter nachzugehen.
- 2) Nach allgemeiner Ansicht (vgl. Staudinger-Geiler-Keßler, a.a.O., Vorbem. III, Anm. 43 c vor § 705; Fischer in BGB-RGRK a.a.O., § 718, Anm. 1; Esser, a.a.O., S. 733; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S. 6) sind diese Anteile nicht unter die Mitglieder zu bestimmten Quoten geteilt, sie sind auch nicht etwa wenigstens rechnerisch bestimmbare Quotenrechte, sondern stellen nur die unmittelbare gesamthänderische Mitberechtigung jedes Gesellschafters an jedem Gegenstand des Gesellschaftsvermögens dar.
- 3) Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 7.
- 4) Der Kapitalanteil des Gesellschafters kann buchmäßig auf seinem **Kapitalkonto** folgendermaßen ausgewiesen werden:
 - a) als stets gleichbleibender Betrag (sog. fester Kapitalanteil). Gewinne, Verluste Entnahmen der Gesellschaft werden dann gesondert gebucht, oder
 - b) als veränderlicher Betrag (vgl. § 120 Abs. II HGB) durch Gutschrift der ersten Einlage, Zuschreibung der Gewinnanteile (und etwaiger weiterer Einlagen) und Abschreibung der Verlustanteile und Entnahmen, oder
 - c) nach dem Gesellschaftsvertrag als bloße Quote (z. B. $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{8}$; x %, y %, z %).Diese Buchung sagt über den Wert des Kapitalanteils überhaupt nichts aus. „Kapitalkonto II“ wird häufig ein Konto genannt, auf dem während des Geschäftsjahres die für den Jahresabschluß im Kapitalkonto zu berücksichtigenden Vorgänge (z. B. Entnahmen, neue Einlagen) gebucht werden und damit zu erwartende Änderungen des Kapitalanteils anzeigen (vgl. Hueck, OHG, S. 146 ff.; Baumbach-Duden, a.a.O., § 120 3) A-D).

3. Der Fortbestand der OHG nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters

a) Aus der Natur der Mitgliedschaft ergibt sich, daß diese wegen ihres persönlichen Rechts- und Pflichtengehalts mit dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft grundsätzlich erlöschen muß. Damit erlischt aber nicht nur die Mitgliedschaft; vielmehr kann der gemeinsame Zweck der Gesellschaft durch das Ausscheiden eines Mitträgers des gemeinsamen Willens nicht mehr erreicht werden: Die Gesellschaft wird aufgelöst (§§ 723, 727 BGB; § 131, Ziffer 4 und 6 HGB).

b) Dieser Grundsatz wird für den Fall durchbrochen, daß der Gesellschaftsvertrag trotz Vorliegens eines Erlöschensgrundes den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht. Dieser Fortbestand läßt sich auf zwei Wegen erreichen:

aa) Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, daß auch im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird (vgl. § 138 HGB).

bb) Diese Fortsetzungsvereinbarung kann dahingehend abgeändert werden, daß die Gesellschaft unter Hinzuziehung des oder der Erben eines verstorbenen Gesellschafters weitergeführt werden soll (vgl. § 139 HGB). Diese Weiterführung ist auf verschiedene Weise möglich.

1. Einmal in der Form, daß dem Bedachten eine eigene Entscheidung über seinen Eintritt in die Gesellschaft gegeben wird. Er hat damit ein Eintrittsrecht, das auf Rechtsgeschäft unter Lebenden beruht; der Gesellschaftsvertrag hat dabei die Natur eines Vertrages zugunsten Dritter¹⁾. Übt der Bedachte dieses Recht aus, dann wird die Mitgliedschaft des Erblassers nicht unmittelbar auf ihn übertragen, sondern nur mittelbar dadurch fortgesetzt, daß der Eintrittsberechtigte und die verbliebenen Gesellschafter einen Aufnahmevertrag schließen²⁾.

Bis zu diesem Zeitpunkt wird die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern weitergeführt, mit der Folge, daß die Mitgesamthänderstellung

1) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S. 12.

2) Vgl. Liebisch, S. 129; Hueck, OHG, S. 260.

des Erblasser-Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern anwächst¹⁾ sowie eine Beschränkung der Gewinn- und Verlustbeteiligung eintritt. Nach Abschluß des Aufnahmevertrages wird damit die Mitgliedschaft des Verstorbenen, wenn auch nur mittelbar, ganz oder teilweise wiederhergestellt.^{2) 3)}

2. Zum unmittelbaren Übergang der Mitgliedschaft bedarf es vielmehr, einer **Nachfolgeklausel** im Gesellschaftsvertrag⁴⁾, auf Grund derer der oder die zur Nachfolge Bestimmten unmittelbar in die Mitgliedschaft des Gesellschafter-Erblassers nachrücken. Dieser unmittelbare Übergang ist denkbar:

- a) Als Nachfolge nur auf Grund der Bestimmung im Gesellschaftsvertrag oder
- b) Als erbrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Nachfolgevorgang.

4. Die Nachfolge in die Mitgliedschaft auf Grund der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag

Die unmittelbare Nachfolge in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters allein auf Grund der gesellschaftsvertraglichen Klausel setzt die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft voraus. Festzustellen bleibt daher, ob eine Rechtsstellung wie die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft überhaupt unmittelbar von dem Veräußerer auf den Erwerber übergehen kann, ohne daß eines Aufnahmevertrages, also der Mitwirkung der übrigen Gesellschafter, bedarf.

-
- 1) In der Sprache des Gesetzes heißt das, daß ihnen der „Anteil“ des ausgeschiedenen Gesellschafters „zuwächst“, § 738 BGB; vgl. Esser, a.a.O., S. 733; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S. 7, Ausf. S. 11, Anm. 2).
 - 2) Streitig ist, ob zur Sicherung des Kapitalanteils für den Eintretenden eine entsprechende Zuwendung in einer Verfügung von Todes wegen bestimmt sein muß oder ob eine aufschiebend bedingte Zuwendung des Kapitalanteils unter Lebenden an den Eintrittsberechtigten ausreicht; vgl. dazu kritische Anmerkungen von Siebert in NJW 1955, 813.
 - 3) Den Erben des Gesellschafter-Erblassers steht ein Abschichtungsanspruch nach §§ 738, 1922 BGB gegen die Gesellschaft zu. Ist der Eintrittsberechtigte Alleinerbe, so sind die Gesellschafter verpflichtet, den entstandenen Abschichtungsanspruch in einen Kapitalanteil umzuwandeln. Ist er aber nur Miterbe, so muß er abwarten, bis ihm in der Erbauseinandersetzung der volle Abschichtungsanspruch oder ein Teil davon zugeschieden wird; vgl. Kipp-Coing, a.a.O., S. 91 IV; Staudinger-Boehmer, a.a.O., § 1922, Anm. 162.
 - 4) vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S. 16.

a) Bei Gemeinschaften mit einer besonders engen persönlichen Bindung kann wesensmäßig eine Mitgliedstellung nicht übertragen werden, weil die dort aneinander zugeordneten Personen nicht nur mit einer ablösbaren, von anderen fortsetzbaren personellen Schicht, sondern mit ihrer ganzen persönlichen Existenz in die Gemeinschaft einbezogen sind¹⁾. Betrachtet man die Mitgliedschaft in einer Personalgesellschaft als eine Rechtsstellung, mit der die ganze persönliche Existenz des Gesellschafters verbunden ist, dann kann sie auf Grund ihres persönlichkeitsbezogenen Charakters nicht übertragbar sein.

Die Rechtsordnung stellt deshalb auch für die Personalgesellschaften das Prinzip der Nichtübertragbarkeit auf. (§§ 717, 719 BGB, § 105 HGB; für den eingetragenen Verein: § 38 BGB). Das gleiche gilt auch für die eingetragene Genossenschaft. Nach § 76 GenG kann der Genosse zwar sein Geschäftsguthaben übertragen, jedoch nicht seine eigentliche Mitgliedstellung. Der Erwerber kann lediglich an Stelle des ausgeschiedenen Genossen werden²⁾.

b) Für die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung gilt das Prinzip der Unveräußerlichkeit der Mitgliedschaftsrechte nicht, denn beide sind materiell Rechtssubjekte und formell auch Rechtspersonen, während die einzelnen Mitglieder nur materiell dem Unternehmen zugeordnete Personen darstellen³⁾. Für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist deshalb in § 15 Abs. I GmbHG der Grundsatz der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit der Anteile aufgestellt⁴⁾.

1) Vgl. Brecher, a. a. O., S. 132, Anm. 32, der Gemeinschaften, deren Mitgliedschaft nicht übertragbar sein kann (z. B. die Ehe, vgl. § 1442 BGB, die Volkszugehörigkeit oder ein Freundschaftsverhältnis) als „echte“ Gemeinschaften bezeichnet.

2) Die Mitgliedschaft der Genossenschaft ist jedoch vererblich. Nur verändert sich die Mitgliedschaft dadurch, daß im Falle des Todes eines Genossen dieser mit dem Schluß des Geschäftsjahres, in welchem der Tod erfolgt ist, als ausgeschieden gilt. Bis zu diesem Zeitpunkt wird die Mitgliedschaft des Verstorbenen durch dessen Erben fortgesetzt (§ 77 Abs. I Satz 1 u. 2 GenG). So Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 33.

3) Vgl. Brecher, a. a. O., S. 132.

4) Über den Ausschluß der Vererblichkeit vgl. Hueck, DNotZ 1952, 556; Baumbach-Hueck, a. a. O., § 15, Anm. 1) A.

Damit soll dem Gesellschafter für den Bedürfnisfall die Realisierung seines Anteilsrechts ermöglicht werden.¹⁾ Für die Aktiengesellschaft stellt die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit der Aktie einen unabdingbaren Grundsatz des Aktienrechts dar²⁾; denn ihre Verkehrsfähigkeit ist ihr wesentlich und dient als Ersatz für die fehlenden Austritts- und Kündigungsmöglichkeiten.

Das GmbH-Recht (§§ 45 ff. GmbHG) läßt aber starke Abweichungen zugunsten einer persönlicheren Gestaltung zu, so daß sich manche GmbH in ihrer Struktur der OHG stark nähert³⁾.

c) Eine solche Freizügigkeit kann es grundsätzlich für die Anteilsrechte an einer OHG nicht geben. Im Hinblick auf den schon erwähnten persönlichkeitsbezogenen Charakter der Gesellschafterstellung hat man daher lange Zeit jede Übertragbarkeit der Mitgliedschaft überhaupt für unmöglich gehalten. Dieser Grundsatz läßt jedoch nach moderner Auffassung Ausnahmen zu. Die Entwicklung geht dahin, die Mitgliedschaft in einer OHG entsprechend der bei den Kapitalgesellschaften durch das Gesetz eröffneten Möglichkeiten zu einem selbständigen Gegenstand des Rechtsverkehrs auszugestalten⁴⁾. Nach heute allgemeiner Ansicht sind daher die entgegenstehenden Vorschriften des BGB (§§ 717, 719) nicht zwingend, sondern können durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden, so daß die Mitgliedschaft übertragbar ist⁵⁾, wenn da-

1) Hachenburg-Schilling, a. a. O., § 15, Anm. 2: Die Veräußerlichkeit kann nur dann völlig ausgeschlossen werden, wenn die Satzung gleichzeitig die Möglichkeit des Austritts oder der Kündigung eröffnet.

2) vgl. Godin-Wilhelmi, a. a. O., § 61, Anm. 9; Gadow-Heinichen-Fischer, a. a. O., § 61, Anm. 7.

3) Baumbach-Hueck, a. a. O., Einleitung 3).

4) Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S. 16.

5) Die einengende Bestimmung des § 719 BGB stellt eine Schutzvorschrift zugunsten der Gesellschafter dar, weil die Beziehungen der Gesellschafter zueinander auf einer besonderen Vertrauensgrundlage beruhen und deshalb höchstpersönlich sind. Abweichende Vereinbarungen der Gesellschafter selbst sind daher möglich; vgl. Hueck in JZ 1954, 504.

für im Gesellschaftsvertrag eine Möglichkeit vorgesehen ist¹⁾. Dem hat sich auch die Rechtsprechung angeschlossen²⁾. Damit stellt die Beteiligung des Gesellschafters einen einheitlichen Rechtsgegenstand dar. Der Erwerber eines Gesellschaftsanteils wird Rechtsnachfolger des auscheidenden Gesellschafters. Er tritt in die Rechtsstellung des ausgeschiedenen Gesellschafters ein, mit Ausnahme der auf den Veräußerer zugeschnittenen Sonderrechte³⁾ 4).

- 1) Damit tritt das personelle hinter dem kapitalistischen Moment zurück, aus der Einsicht, daß heute auch offene Handelsgesellschaften Unternehmen mit z. T. großem Anlagekapital sind (im Gegensatz zur Entstehungszeit des ADHGB); vgl. Sack, a. a. O., S. 23. Im übrigen vgl. zur Problemstellung aus der Literatur: Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199; Esser, Schuldrecht, S. 738; Schlegelberger - Gessler - Hefermehl, a. a. O., § 139 HGB, Anm. 13; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a. a. O., § 130 HGB, Anm. 5; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 43; Lehmann, a. a. O., S. 100, 144, 161; Krückmann, a. a. O., Ihering-Jahrbuch, Bd. 74, S. 69 ff.; ablehnend: Haupt-Reinhard, a. a. O., S. 69, gleichwohl wird dort eine echte Vererblichkeit bejaht; ferner Würdinger, a. a. O., S. 69; nach dem die Abtretung der ausdrücklichen Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.
- 2) Vgl. BGH in BB 1954, 486 ff.: Nach der Entscheidung ist das Abtretungsverbot in § 717 und § 719 BGB kein gesetzliches Verbot i. S. des § 134 BGB; vgl. dazu Anm. von Hueck in JZ 1954, S. 504. Zur Übertragbarkeit eines Kommanditistenanteils: Die Rechtsprechung (vgl. insbesondere KG in JW 1934, 2699 und auch RGZ 162, 246) wertete zunächst die „Übertragung“ der Mitgliedschaft als Doppelmaßnahme, nämlich als Auszahlung der Einlage an den Austretenden und als gleichzeitige Einzahlung der Einlage des neuen Gesellschafters. Diese Betrachtungsweise ist jedoch deshalb bedenklich, weil das Gesellschaftsvermögen bei dem geschilderten Verfahren keineswegs durch Einlagerückzahlung verringert wird, sondern unverändert bleibt, so daß die bisherigen Gläubiger keinen Nachteil erleiden. In einer seiner letzten Entscheidungen hat das RG (DNotZ 1944, 195) die Übertragbarkeit des Kommanditistenanteils bejaht. Es hat festgestellt, daß die Rechtsnachfolge auf Grund des Kommanditistenwechsels in jedem Falle auch ohne ausdrückliche Zulassung als eintragungspflichtige Tatsache zu gelten hat. Erforderlich ist ein auf die Rechtsnachfolge hinweisender Vermerk. Vgl. hierzu Riechert, a. a. O., in NJW 1958, S. 401-405; vgl. auch Lehmann, a. a. O., S. 162; BGHZ 13, 179; BGH in NJW 1960, 1433.
- 3) Vgl. Staudinger-Boehmer, a. a. O., § 1922, Anm. 162; Weipert in HGB-RGRK 109 HGB, Anm. 7: Grundsätzlich Erwerb des Kapitalanteils; Erwerb der besonderen „Verwaltungsrechte“ nur, wenn auch insoweit die Zustimmung der übrigen Gesellschafter vorliegt; vgl. auch Hueck, Recht der OHG, S. 23, 226; BGH NJW 1959, 192 = MDR 1959, 104; a. A. Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 20.
- 4) Der Ausdruck „Abtretung“ oder Übertragung ist an sich irreführend. Gegenstand der Abtretung sind gem. § 398 BGB nur einzelne Forderungen, nicht aber eine ganze Vertragspartnerstellung. Die Mitgliedschaft in einer OHG erschöpft sich aber nicht in einzelnen Forderungen, sondern ist eine Rechtsstellung, die der Gesellschafter bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages erhält. Daher handelt es sich bei dem Übergang eines Gesellschaftersanteils um einen Vertragsübernahmevertrag, in dem Abtretung und befreiende Schuldübernahme unter Zustimmung der anderen Gesellschafter verbunden sind; vgl. Ennecerus-Lehmann, a. a. O., § 87, I, 1, 2.

5. Die Nachfolge in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall

Ist aber die Mitgliedschaft zu Lebzeiten eines Gesellschafters übertragbar, dann liegt es nahe, die Nachfolge in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters auch für dessen Erben allein auf Grund der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag für möglich zu halten. Ein Erwerb der Beteiligung im Erbgang entfielen damit und für die Notwendigkeit der Einführung eines Sondererbrechts in die Mitgliedschaft bestände kein legitimes Interesse, weil durch Rechtsgeschäft unter Lebenden eine unmittelbare Nachfolge in den Anteil eines verstorbenen Gesellschafters gewährleistet sein würde.

Die Nachfolgeklausel selbst kann jedoch eine solche unmittelbare Verfügungswirkung nicht herbeiführen.

a) Eine Deutung könnte aber dahingehend versucht werden, daß durch **sie** die Mitgliedschaft auf den Nachfolger aufschiebend bedingt durch den Tod des Gesellschafters übertragen werden soll ¹⁾. Mit dem Eintritt der Bedingung (dem Todesfall) würde der als Nachfolger bezeichnete Gesellschafter, und zwar nicht durch einen erbrechtlichen Vorgang, sondern durch Rechtsgeschäft unter Lebenden.

Voraussetzung dafür ist jedoch, daß die Nachfolgeklausel ein Angebot an den Nachfolgeberechtigten darstellt, das dieser noch zu Lebzeiten des Gesellschafters anzunehmen hätte.

Wie Siebert ²⁾ ausführt, werden die Voraussetzungen für ein solches Rechtsgeschäft selten gegeben sein, weil folgende Schwierigkeiten bestehen: Da noch zu Lebzeiten des Gesellschafters eine Einigung mit dem Nachfolger herbeizuführen ist, muß dieser der Person nach feststehen und auch seine Einsetzung rechtswirksam billigen können. Weiterhin muß die Übertragung als vollzogen i. S. des § 2301 Abs. II BGB anzusehen sein; denn ein nicht vollzogenes Schenkungsversprechen, das auf den Tod des Schenkers abgestellt ist, bedarf zu seiner Wirksamkeit der Form einer Verfügung von Todes wegen (§ 2301 Abs. I BGB). Diese Form enthält der Gesellschaftsvertrag in aller Regel nicht.

1) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 17.

2) Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S. 18; vgl. auch Kipp-Coing, a. a. O., § 91, IV, 4 c), 4 d).

Grundsätzlich können nur unbedingte Verfügungen zu Lebzeiten des Erblassers vollzogen sein. Die herrschende Meinung¹⁾ sieht jedoch auch aufschiebend bedingte Zuwendungen des Erblassers noch zu seinen Lebzeiten als vollzogen an. Das Vollzugsmerkmal wird allgemein in dem Vermögensopfer erblickt, das der Erblasser noch zu seinen Lebzeiten durch seine vertragliche Bindung dem Nachfolger gegenüber und auf Grund der ihm in § 161 BGB auferlegten Verfügungsbeschränkung erbracht hat. Gerade diese Bindung des Gesellschafters dem Nachfolger gegenüber, die zur Folge hat, daß die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag ohne Zustimmung des Nachfolgers nicht mehr abgeändert werden könnte, zeigt den äußerst geringen praktischen Wert dieser Konstruktion.²⁾

b) Denkbar wäre ein Übergang der Mitgliedschaft des Gesellschafters in der Form, daß der Nachfolger durch die Übertragung zwar sofort Gesellschafter würde, seinem Vorgänger aber ein lebenslanger Nießbrauch an der Mitgliedschaft zustände. Der Nießbrauch eines Handelsgeschäfts gestaltet sich wohl nach § 22 Abs. II HGB in Verbindung mit §§ 1085 ff. BGB; jedoch entspricht das Unternehmen eines Einzelkaufmanns nicht der Mitgliedschaft in einer Personalgesellschaft, da die persönlichen Mitgliedsrechte nicht durch einen Nichtgesellschafter ausgeübt werden können³⁾.

c) Die Bestimmung in der Nachfolgeklausel könnte auch als ein Verfügungsvertrag zwischen dem Gesellschafter und seinen Mitgesellschaftern zugunsten des Nachfolgers auf den Todesfall anzusehen sein⁴⁾. Die Normen des Schuldrechts enthalten aber keine dingliche Wirkung. Nach §§ 328 ff. BGB erhielte der Begünstigte, hier der Nachfolger, demnach nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die übrigen Gesellschafter auf Aufnahme in die Gesellschaft⁵⁾. Seine Rechtsstellung ent-

1) Vgl. Bartholomeyczik, *Erbrecht*, S. 363 ff.; Kipp-Coing, a. a. O. § 81, III; Staudinger-Boehmer, a. a. O., *Einleitung*, § 26, Anm. 12, 16 mit weiteren Literaturnachweisen.

2) Komplikationen können sich auch bei Minderjährigen ergeben, vgl. Ausführungen S. 33.

3) Vgl. Heinsheimer, a. a. O., S. 76; Weipert, in *RGRK zum HGB* § 109 HGB, Anm. 8; a. A.: Hueck, *OHG*, S. 259; Siebert, *Nießbr. am Gewinnrecht des Gesellschafters einer OHG* in *BB* 1956, 1126.

4) Vgl. Siebert, *Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft*, S. 17; Hueck, *DNotZ* 1952, 557; vgl. auch Tidau *MDR* 1957, 643: alle lehnen die Konstruktion eines Verfügungsvertrages zugunsten Dritter ab, da wegen des Übergangs von Pflichten auch ein Vertrag zu Lasten Dritter vorliegt.

5) Vgl. dazu KG in *JW* 1933, 118.

sprache somit der des Eintrittsberechtigten. Ein unmittelbarer Übergang der Mitgliedschaft im Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters auf dessen Nachfolger würde dadurch nicht erreicht.

Ob ein Verfügungsvertrag zugunsten Dritter aus Rechtsgründen überhaupt möglich sein kann, ist streitig¹⁾. Die Rechtsprechung²⁾ wendet § 328 BGB nur auf vertragliche Leistungsansprüche an, für Verfügungen soll § 328 BGB nicht gelten.

Das Schrifttum hält aber überwiegend eine Anwendung des § 328 BGB für möglich³⁾.

Nach Westermann⁴⁾ hängt eine entsprechende Anwendung der §§ 328 ff. BGB davon ab, ob zwischen dem schuldrechtlichen Anspruch, den der Begünstigte ohne sein Zutun erwirbt und dem dinglichen Recht als Verfügungstatbestand so erhebliche Unterschiede bestehen, daß daran eine Analogie scheitern muß.

Erhebliche Unterschiede bestehen zumindest dann nicht, wenn die Verfügung in Form eines Vertrages möglich ist — wie z. B. bei der Abtretung einer Forderung nach § 398 BGB — und durch sie nicht sachenrechtliche Erwerbsakte ersetzt werden sollen⁵⁾.

Letzteres trifft beim Übergang der Mitgliedschaft nicht zu. Die Mitgliedschaft in einer OHG stellt ein personenrechtliches Rechtsverhältnis dar, über das der Gesellschafter bei einer Übertragung auf Grund Rechtsgeschäfts unter Lebenden allein durch schuldrechtlichen Vertrag verfügt.

Nach Siebert⁶⁾ begründet jedoch die Zuordnung der Mitgliedschaft für den Begünstigten durch einen Verfügungsvertrag zugunsten Dritter nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten, so daß auch zugleich ein — unwirksamer — Vertrag zu Lasten Dritter vorliegt.

1) Er wird von der h. M. als unzulässig abgelehnt; vgl. Westermann, S. 18, 19 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 365 zu RGZ 80, 177: Ablehnung eines dinglichen Vertrages zugunsten Dritter hinsichtlich des Geschäftsanteils an einer GmbH. wegen der Form des § 15 Abs. III GmbH-G.

2) Vgl. RGZ 66, 99; RGZ 124, 221; ständ. Rechtspr.

3) Vgl. Wolff-Raiser, a. a. O., S. 120; Westermann, S. 18, 19; Esser, S. 410.

4) Sachenrecht, S. 18, 19; ebenso Enneccerus-Lehmann, § 34, VI; vgl. auch Esser a. a. O., S. 410.

5) Larenz, a. a. O., S. 164, 165.

6) Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S. 17.

Dem ist entgegenzuhalten, daß, wie Westermann ausführt¹⁾, § 328 BGB eine **Zuordnungsform** darstellt, die nicht nur auf den ursprünglichen Erwerb eines Leistungsgegenstandes beschränkt ist, sondern für das Willensmoment in der Verfügung schlechthin paßt. Diese Zuordnungswirkung wird klar, wenn man den Vertrag zugunsten Dritter in einen Anspruch begründenden und einen zuordnenden Teil zerlegt²⁾.

Die Zuordnung begründet jedoch nicht nur Rechte, sondern als Zuständigkeit auch Pflichten. Diese, so führt Westermann weiter aus, können jedoch mittels § 328 BGB nicht aufgezwungen werden, da der Begünstigte von seinem Zurückweisungsrecht nach § 333 BGB Gebrauch machen kann.

Westermann stellt zwar in erster Linie auf die besondere Interessenlage bei der Zuordnung dinglicher Rechte ab, die als Zuständigkeit für den Begünstigten auch eine Pflichtenlage ergeben kann (vgl. für das Eigentum Art. 14 Abs. II BGG; § 906 BGB; weiterhin die Pflicht zur Entrichtung öffentlicher Abgaben), aber für den Erwerb eines Gesellschaftsanteils können die gleichen Grundsätze gelten. Sicherlich ist der Gesellschaftsanteil ein komplexer Begriff, der nicht allein Rechte, sondern, wie die persönliche Haftung, auch Pflichten umfaßt; dennoch wird er als eine Rechtsstellung anzusehen sein, die in der Zuordnung dem Begünstigten insgesamt nur einen rechtlichen Vorteil bringt³⁾. Die Annahme eines Verfügungsvertrages zugunsten Dritter ist deshalb, auch im Falle der Übertragung der Mitgliedschaft eines Gesellschafters, grundsätzlich zu bejahen.

Da über die Mitgliedschaft auf Grund der Nachfolgeklausel aufschiebend bedingt auf den Tod des Gesellschafters verfügt werden soll, erhält der Nachfolger in entsprechender Anwendung der Auslegungsregel des § 331 Abs. I BGB somit die Mitgliedschaft mit dem Tode des Gesellschafters. Die Folge ist, daß im Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters der in der Nachfolgeklausel Bezeichnete Gesellschafter wird.

Dieser erwirbt jedoch den Anteil des verstorbenen Gesellschafters durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, so daß ein erbrechtlicher Verfügungs-

1) Sachenrecht, S. 19.

2) Vgl. auch RGZ 154, 104.

3) Vgl. Weiler, DNotZ 1952, 289.

bestand nicht notwendig ist und damit die Annahme einer Sondererfolge in die Mitgliedschaft entfällt¹⁾.

Deshalb wird die Bestimmung in der Nachfolgeklausel nach dem Willen der Gesellschafter nur dann als Verfügungsvertrag zugunsten Dritter angesehen werden können, wenn der Nachfolger weder im Gesellschaftsvertrag noch nach Erbrecht als Erbe bezeichnet ist²⁾.

Der Nachfolger hat jedoch in diesen Fällen nicht den Schutz des § 139 HGB, nach dem er sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig machen kann³⁾. Die Vorschrift des § 139 HGB gilt nur für Erben des Gesellschafters⁴⁾ 5).

- 1) Der vererbliche Teil der Mitgliedschaft wird dabei nicht Nachlaßbestandteil (h. M.; vgl. dazu Bedenken von Staudinger-Boehmer, a. a. O., Einleitung § 27, S. 174-176). Die Abgrenzung der Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall nach § 331 BGB von Schenkungsversprechen auf den Todesfall i. S. des § 2301 BGB ist besonders schwierig und umstritten (vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 366). Der oben bejahte Verfügungsvertrag zugunsten Dritter ist jedoch mit dem Tode des Gesellschafters auch i. S. des § 2301 BGB als vollzogen anzusehen, denn der verfügende Gesellschafter hat bereits zu seinen Lebzeiten durch die aufschiebend bedingte Zuwendung der Mitgliedschaft ein Opfer aus seinem Vermögen erbracht, vgl. BGH in NJW 1960, 1433. Nach dieser Entscheidung kann ein Gesellschafter einer OHG mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil in der Weise auf einen Mitgesellschafter übertragen, daß der Anteil mit dem Tode des übertragenden Gesellschafters dem Erwerber zuwächst. Die Vorschrift des § 2301 Abs. I BGB steht einer solchen Verfügung jedenfalls dann nicht entgegen, wenn der Erwerber dem Erben des Verstorbenen den Wert des Anteils zu vergüten hat.
- 2) Ein Beispiel. Die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag lautet folgendermaßen:
„Im Falle des Todes eines Gesellschafters soll die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden. Sind als Erben jedoch weder der Ehegatte, noch ein Abkömmling des Gesellschafters vorhanden, so fällt der Anteil des Gesellschafters einem — im Gesellschaftsvertrag näher bestimmten — Dritten zu.“
Dadurch kann verhindert werden, daß entferntere, gesellschaftsfremde Erben in die Gesellschaft nachrücken. Allerdings hat der Gesellschafter die Möglichkeit, in einer Verfügung von Todes wegen den designierten „Dritten“ als Ersatzerben einzusetzen. Dann scheidet eine Nachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden aus. Eine solche Möglichkeit wird jedoch dann nicht wünschenswert sein, wenn im Interesse der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens der „Dritte“ von Abfindungsansprüchen der Erben und von der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten freigestellt werden soll. (Die Umgebung erbrechtlicher Form- und Sachvorschriften kann wegen dieses Interesses als gerechtfertigt angesehen werden; vgl. Staudinger-Boehmer, a. a. O., Einleitung § 27, Anm. 14-17. Überhaupt ablehnend: Töteberg, a. a. O., S. 138.)
- 3) Er hat nur ein Zurückweisungsrecht in entsprechender Anwendung des § 333 BGB.
- 4) Vgl. Hueck, OHG, S. 268; Schlegelberger-Gessler, a. a. O., § 139 HGB, Anm. 25; Weipert, in RGRK zum HGB, § 139 HGB, Anm. 13; KG in JW 1933, 118, wonach § 139 HGB auch dann gilt, wenn im Gesellschaftsvertrag keine ausdrückliche Erbeinsetzung des Erben-Nachfolgers vorliegt; Schlicht in NJW 1954, S. 984; vgl. auch Koenige, a. a. O., § 139, Anm. 3.
- 5) siehe Seite 22

d) Als Zwischenergebnis kann bisher festgehalten werden:

Eine unmittelbare Nachfolge in die Mitgliedschaft eines Gesellschafters allein durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall ist ausnahmsweise dann anzunehmen, wenn entweder ein Dritter kraft ausdrücklicher Bestimmung oder Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag in die Mitgliedschaft oder aber ein genau bezeichneter Erbe eines Gesellschafters kraft einer solchen Bestimmung in die Mitgliedschaft nachfolgen soll.

6. Zur Vererblichkeit der Mitgliedschaft

Regelmäßig wird sich jedoch aus der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag ergeben, daß ein, mehrere oder alle Erben eines Gesellschafters im Zeitpunkt seines Todes in dessen Mitgliedschaft nachfolgen sollen. Daraus folgt, daß die Mitgliedschaft oder zumindest ein Teil derselben den erbrechtlichen Regeln unterliegen muß.

a) Die Vererblichkeit der Mitgliedschaft auf Grund der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag wird auch heute allgemein anerkannt¹⁾. Sie liegt auch nahe, da die h. M. die Mitgliedschaft als einen einheitlichen Rechtsgegenstand ansieht und ihren Übergang vom Veräußerer auf den Übernehmenden für möglich hält²⁾.

Um die vom Gesellschaftsrecht eröffnete Nachfolgemöglichkeit zu verwirklichen, bedarf es jedoch eines zusätzlichen erbrechtlichen Verfügungstatbestandes, der den unmittelbaren Übergang der Mitgliedschaft auf den oder die Nachfolge-Erben im Augenblick des Todes des Erblasser-Gesellschafters herbeiführt.

noch von Seite 21

5) Aber auch für den Fall, daß einer von mehreren Miterben schon im Gesellschaftsvertrag oder auf Grund einer Ermächtigung des Gesellschaftsvertrages später vom Erblasser — etwa im Wege einer vorweggenommenen Erbfolge — genau bezeichnet wird. Dadurch erwirbt der Erbe die Mitgliedschaft zwar unmittelbar vom Erblasser, aber durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall. Sie gehört damit nicht zum Nachlaß; vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199.

1) Vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199; Esser, a. a. O., S. 738; Staudinger-Boehmer, a. a. O., § 1922, Anm. 162; Wolf in NJW 1954, 1549 ff.; Schlicht in NJW 1954, 904 ff. mit weiteren Nachweisen; Siebert in BB 1956, 837, Fußn. 1; Kipp-Coing, a. a. O., § 91, IV d).

2) Vgl. Ausführungen S. 15, 16.

Grundlage der Nachfolge in die Mitgliedschaft stellt somit das Erbrecht dar¹⁾).

b) Problematisch ist nur die Frage, in welchem Umfang die Mitgliedschaft vererblich sein kann

Nach § 1922 Abs. I BGB stellt das Vermögen des Erblassers die Erbschaft dar. Die Mitgliedschaft besteht aber, wie dargelegt²⁾, nicht nur aus der keineswegs notwendigen vermögensmäßigen Beteiligung, sondern insbesondere aus der persönlichen Stellung des Gesellschafters in der Gesellschaft. Festzustellen ist daher, ob auch diese Rechte vererblich sein können. — Unter Vermögen versteht das bürgerliche Recht in der Regel alle geldwerten Güter einer Person³⁾. Zur Erbschaft gehören aber anerkanntermaßen nicht nur vermögensrechtliche Beziehungen⁴⁾ Der allgemeine Vermögensbegriff des bürgerlichen Rechts ist daher für die Auslegung des § 1922 Abs. I BGB nicht verbindlich. Immerhin ist er aber richtungsweisend, so daß vermögensbezogene und rechtlich geschützte Positionen grundsätzlich als vererblich, ausschließlich persönlichkeitsbezogene Positionen dagegen als unvererblich anzusehen sind⁵⁾. Umstritten ist daher, ob auch die persönliche Mitgliedsstellung eines Gesellschafters, insbesondere die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und besondere Privilegien, vererblich sein können.

Es haben sich zu dieser Frage folgende Ansichten herausgebildet:

1. Eine Gruppe⁶⁾ bejaht die Vererblichkeit der personenrechtlichen Bestandteile der Mitgliedschaft, soweit sie überwiegend vermögensrechtlicher Natur sind. Soweit die einzelnen Rechte wegen ihrer überwiegenden personenrechtlichen Natur mit dem Tode des Erblassers erlöschen, wie die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht, richtet sich die Frage,

1) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 19; Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199; BGHZ 22, 186 ff.; LG Bremen in NJW 1954, 477.

2) Vgl. Ausführungen S. 10, 11.

3) Vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 31.

4) Vgl. Erman-Bartholomeyczik, § 1922, Anm. 3 mit Beispielen.

5) Vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 31.

6) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a. a. O., § 131 HGB, Anm. 7; RGZ 106, 65; Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199; Staudinger-Boehmer, a. a. O., § 1922, Anm. 162.

ob sie in der Person des Miterben als Folge seiner ererbten überwiegend vermögensrechtlichen Mitgliedsstellung neu entstehen, nach Gesellschaftsrecht und Gesellschaftsvertrag. Die gesamthänderische Mitbeteiligung, die lediglich von der Zahl der Gesellschafter, nicht aber vom quantitativen Umfang ihrer Beteiligung abhängig, verändert sich wegen des Nachrückens des Gesellschafter-Erbens nicht.¹⁾

2. Eine andere Ansicht²⁾ verneint dagegen die Unvererblichkeit einzelner Bestandteile des personenrechtlichen Teils der Mitgliedschaft und zählt die durch die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag zu einem selbständig übertragbaren Rechtsgut gewordenen Mitgliedschaft insgesamt zum vererblichen Vermögen des Erblassers. Dabei gehen solche Rechte, die dem Erblasser erkennbar wegen seiner besonderen persönlichen Fähigkeiten verliehen waren, nicht auf den Erben über³⁾.

3. Eine dritte Auffassung⁴⁾ bejaht zwar die Vererblichkeit des vermögensmäßigen Teils der Mitgliedschaft nach den Normen des Erbrechts, hält aber die ausschließlich persönlichkeitsbezogenen Mitgliedschaftsrechte auf Grund von § 139 HGB als einer *lex specialis* für übertragbar. Da dadurch nach dieser Ansicht die an sich unübertragbaren Mitgliedschaftsrechte übertragbar geworden sind, könne über sie allein im Gesellschaftsvertrag wirksam verfügt werden.

4. Eine vierte Meinung⁵⁾ endlich bezeichnet die Mitgliedschaft zwar als vererblich, jedoch nicht als einen Nachlaßbestandteil. Nach ihr gehört die Mitgliedschaft insgesamt wesensmäßig zur Gesellschaft und ist demnach an diese gebunden. Sie ist ein Sondergut und unterscheidet sich dadurch von dem übrigen Vermögen des Erblassers. Die Regeln des

5. Buches des BGB gelten deshalb nur für die vermögensrechtlichen Be-

1) Vgl. auch Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S. 45.

2) Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 20; Buchwald im JR 1955, 173; Schlegelberger-Gessler, a. a. O., § 131, Anm. 23; Hueck, OHG, S. 264; Siebert in: Festschrift für Hueck, S. 327; Weiler in DNotZ 1952, S. 289.

3) Hueck, OHG, S. 264; BGH in NJW 1959, 192.

4) Zunft in NJW 1957, 1129; Töteberg, a. a. O., S. 162; Koenige, a. a. O., § 139, Anm. 3 bei Nachfolge nur eines Miterben; Kaufmann in JZ 1959, 523.

5) Liebisch, ZHR 116, 133; Hueck, DNotZ 1952, 554 und RGZ 145, 295.

standteile, denn insoweit ist die Mitgliedschaft ein Vermögensobjekt wie jedes andere auch und mit dem sonstigen Vermögen ihres Trägers gleich zu behandeln.

c) Anmerkungen

1. Der Ansicht unter 1. ist zuzustimmen

Ergibt sich — ausdrücklich oder schlüssig — aus dem Gesellschaftsvertrag, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden soll, dann erwirbt der Nachfolger im Wege des Erbgangs die gesamte Beteiligung des Erblassers. Nach dem Umfang erwirbt er somit nicht nur rein vermögensbezogene Rechte und Pflichten, sondern auch persönlichkeitsbezogene, die sich aus dem Zweck der Gesellschaft als rechtlich geschützte Position (vgl. §§ 112, 118, 119 HGB) ergeben¹⁾. Dies gilt aber nicht für die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht. Diese Befugnisse sind trotz der grundsätzlichen Vererblichkeit der Mitgliedschaft als einzelne ihr entspringende Rechte und Pflichten zu betrachten, die so an die Person des Gesellschafters einer werbenden Gesellschaft gebunden sind, daß sie mit seinem Tode erlöschen²⁾. Daß insoweit nur der gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkt ausschlaggebend sein kann, wird deutlich, wenn dem Erblasser aus rein persönlichen Gründen die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, etwa unter Anwendung der §§ 117, 127 HGB, entzogen worden war. Nach dem Grundsatz, daß den Gesellschaftern in der Regel das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung und Vertretung zuzugestehen ist, erwirbt auch der Nachfolger diese Befugnisse, aber nicht vom Erblasser, der sie ja nicht besaß, sondern weil er im Wege der erbrechtlichen Nachfolge im übrigen Gesellschafter geworden war³⁾. Inwieweit beide Befugnisse dem Erben zustehen sollen, richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag⁴⁾.

1) Vgl. Ermann-Bartholomeyczik, § 1922, Anm. 3.

2) Vgl. Ermann-Bartholomeyczik, § 1922, Anm. 5 g.

3) Vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199; RGZ 153, 278; Fischer in BB 1956, 840.

4) Vgl. BGH in NJW 1959, 192.

2. Daher sind die unter b) 2.-4. angeführten Ansichten abzulehnen

aa) Die Mitgliedschaft des Erblassers gehört nicht insgesamt zum Nachlaß, weil die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis rein gesellschaftsrechtlicher Natur sind. Eine „Vollvererbung“ der gesamten Mitgliedschaft ist daher nicht möglich.

bb) Die Auffassung unter b) 3. erkennt den Zweck des § 139 HGB. Weder bestimmt dieser, wer in die Gesellschafterstellung nachfolgen soll noch stellt er eine Vorschrift dar, die als *lex specialis* die an sich unübertragbaren Mitgliedschaftsrechte übertragbar macht. Die Nachfolge in die Mitgliedschaft ergibt sich in erster Linie aus der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel¹⁾. Die überwiegend persönlichkeitsbezogenen Mitgliedschaftsrechte können, wie oben dargelegt, nicht übertragbar sein, sondern entstehen kraft Gesellschaftsrechts neu in der Person des Nachfolgers²⁾. Aus § 139 (Abs. I) HGB ergibt sich lediglich, daß jeder Erbe mit dem Erbfall Gesellschafter wird; denn **jeder** kann sein „Verbleiben“ in der Gesellschaft, selbständig und unabhängig von seinen Miterben, von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig machen. Daraus folgt, daß § 139 HGB vor allem den Interessen des Erben dient, dem die Wahl erspart werden sollte, entweder mit der Erbschaftsannahme für die Zukunft voll haftender Gesellschafter zu werden oder zur Vermeidung dieser Rechtsfolge die ganze Erbschaft ausschlagen zu müssen. Deshalb gewährt ihm § 139 HGB das Recht, die Stellung eines Kommanditisten zu verlangen, auch wenn das im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen ist. § 139 HGB dient aber auch den Interessen der übrigen Gesellschafter, die durch die Eröffnung einer Nachfolge in die Gesellschafterstellung von der das Betriebskapital schwächenden Auszahlung eines Abfindungsguthabens befreit werden. Sie können aber einen Antrag des Erben, Kommanditist zu werden, ablehnen, um nicht allein die unbeschränkte persönliche Haftung und Geschäftsführung übernehmen zu müssen. In diesem Falle kann der Erbe aus der Gesellschaft ausscheiden und Auszahlung seines Abfindungsguthabens fordern. Gleichzeitig kann er seine Haftung für die bisherigen Gesellschaftsschulden nach den Regeln des Erbrechts beschränken

1) vgl. Ausführungen S. 22.

2) vgl. Ausführungen S. 25.

(Abs. IV), so daß § 139 HGB insoweit eine die Regelung des BGB teils ergänzende, teils abänderliche Sondernorm darstellt¹⁾.

cc) Der Vorrang des Gesellschaftsrechts ist auch nicht durch eine Sondergutsnatur der Mitgliedschaft, wie es die Ansicht unter b) 4. erklärt, zu begründen. Die Mitgliedschaft ist kein Sondergut, das innerhalb des Gesamtvermögens des Gesellschafter-Erblassers eine Sonderstellung einnimmt. Vielmehr ist sie, soweit sie vererblich sein kann, den Regeln des geltenden Erbrechts unterworfen und wird Bestandteil des Nachlasses. Deshalb ist auch eine Unterscheidung zwischen einer qualitativ und quantitativ weitergehenden Erbschaft und einem demgegenüber eingeschränkten Nachlaß dem geltenden Rechtsgedanken fremd²⁾. Das Gesetz nennt vielmehr das Vermögen des Erblassers die Erbschaft (vgl. § 1922 Abs. I BGB) oder an anderer Stelle ohne sachlichen Unterschied den Nachlaß³⁾. Zu berücksichtigen ist aber, daß der allgemeine Vermögensbegriff des bürgerlichen Rechts bei der Auslegung des § 1922 Abs. I BGB nicht verbindlich ist und weiterhin § 1922 Abs. BGB auch nicht abschließend die Frage der Vererblichkeit regelt, sondern daß sich auch außerhalb des 5. Buches des BGB objektives Erbrecht findet⁴⁾.

7. Zusammenfassend ist daher festzuhalten

1. Die Mitgliedschaft des Gesellschafters in einer Personalgesellschaft besteht

a) aus der persönlichen Mitgliedstellung und der Zugehörigkeit zur Gesamthandsgemeinschaft der Gesellschafter und

b) aus der nicht unbedingt notwendigen vermögensmäßigen Beteiligung.

1) Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 3; Staudinger-Boehmer, a. a. O., § 28, Anm. 27; Liebisch in ZHR 116, 131; Hueck, Recht der OHG, S. 261; Kipp-Coing, § 91, IV d; Haupt-Reinhardt, a. a. O., S. 67.

2) Liebisch in ZHR 116, 138.

3) Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 28; Kipp-Coing, a. a. O., § 1 II.

4) Vgl. über den Begriff des vererblichen Vermögens Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 3, 4, 31 ff.; Erman-Bartholomeyczik, § 1922, Anm. 3-5; weiterhin Ausführungen S. 23.

2. Die Mitgliedschaft ist durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übertragbar, wenn im Gesellschaftsvertrag eine solche Übertragbarkeit vorgesehen ist.

Eine Übertragbarkeit der Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall ist in den Ausnahmefällen des aufschiebend bedingten Verfügungsvertrages (vgl. S. 17, 18 der Ausführungen) und des Verfügungsvortrages zugunsten Dritter (S. 18-21 der Ausführungen) möglich.

3. Die Mitgliedschaft ist vererblich, wenn

a) sowohl der Gesellschaftsvertrag als auch

b) das Erbrecht

dem Erben eine Nachfolge in die Gesellschaft eröffnet. Vererblich ist der vermögensmäßige Teil der Mitgliedschaft, jedoch nicht die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis. Diese Rechte entstehen kraft Gesellschaftsrecht neu in der Person des Nachfolgers. Sie können durch den Gesellschaftsvertrag beschränkt oder erweitert werden.

4. § 139 HGB dient als Sicherungs- und Schutzvorschrift für die in die Gesellschaft nachfolgenden Erben und stellt gegenüber der Regelung des BGB eine teils ergänzende, teils abändernde erbrechtliche Sondernorm dar.

III. Teil: Kollision zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht bei der Nachfolge von Erben in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters

Um die in der Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrages für den Erben eröffnete Nachfolgemöglichkeit zu verwirklichen, bedarf es, wie auf S. 22 ausgeführt, eines erbrechtlichen Verfügungstatbestandes. Erst durch diesen wird der unmittelbare Übergang der Mitgliedschaft auf den Nachfolger-Erben im Augenblick des Todes des Gesellschafter-Erblassers herbeigeführt¹⁾. Daraus ergibt sich: Beide — die Bezeichnung als Nachfolger in der Nachfolgeklausel und die erbrechtliche Einsetzung — müssen überein stimmen, daher kongruent sein, damit ein reibungsloser Übergang der Mitgliedschaft auf den oder die zur Nachfolge berufenen Erben ermöglicht werden kann.

1. Die Nachfolge bereitet dann keine „wesentlichen rechtlichen Schwierigkeiten“²⁾, wenn auf Grund erbrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Bestimmung der Alleinerbe eines verstorbenen Gesellschafters in dessen Mitgliedschaft nachfolgen soll. Erbrechtliche und gesellschaftsrechtliche Einsetzung stimmen überein.

Der Nachfolger-Erbe wird mit dem Erbfall Gesellschafter und setzt die Mitgliedschaft des Erblassers unmittelbar fort.³⁾ Dabei macht es keinen Unterschied, ob eine gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge vorliegt; denn der vom Erbrecht umfaßte Teil der Mitgliedschaft geht als vererbliches

1) vgl. Siebert in NJW 1955, 811.

2) BGH in NJW 1957, 180. Es fehlt jedoch eine Stellungnahme zu der Frage, inwieweit die Mitgliedschaft überhaupt vererblich sein kann; vgl. auch RGZ 153, 277 ff.

3) vgl. Staudinger-Boehmer, § 1922 BGB, Anm. 162.

Vermögen des Erblassers ausschließlich sowohl auf den gewillkürten als auch auf den gesetzlichen Alleinerben über.

2. Nicht reibungslos vollzieht sich dagegen der Nachfolgevorgang, wenn sämtliche Erben eines verstorbenen Gesellschafters in die Gesellschaft nachfolgen sollen.

Nach dem Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches könnten die zur Nachfolge berufenen Erben ihren Anteil an der Mitgliedschaft des Erblassers nicht unmittelbar im Zeitpunkt des Erbfalles erwerben, weil die Mitgliedschaft¹⁾ — bis zur Auseinandersetzung — gemeinschaftliches Vermögen der Erben wird (§§ 2032 ff. BGB) und damit der gesamthänderischen Bindung unterliegt.²⁾ Die einzelnen, zur Nachfolge berufenen Miterben könnten somit über den ihnen zugewendeten Anteil an der Mitgliedschaft nur mit Zustimmung aller Miterben verfügen. Erst nach der Auseinandersetzung der Miterben erlangte der einzelne Miterben-Nachfolger einen unmittelbaren Zugriff auf den ihm gebührenden Anteil an der Mitgliedschaft des Erblasser-Gesellschafters.

Aus dem in § 128 HGB niedergelegten Grundsatz der persönlichen, gesamtschuldnerischen Haftung aller Gesellschafter geht hervor, daß als Mitglieder einer OHG nur selbständig nebeneinander stehende, rechtsfähige und voll haftende Einzelpersonen in Betracht kommen können³⁾ (S. 42). Daraus ergibt sich, daß die Miterbengemeinschaft als Gesellschafter nicht nachfolgefähig sein kann, denn sie besitzt keine der geforderten Gesellschafter-Eigenschaften: Weder ist sie ein selbständiges Rechtsgebilde noch kann sie die in § 128 HGB geforderte unbeschränkte Haftung übernehmen, weil jeder Miterbe die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf seinen Anteil am Nachlaß hat (§ 2059 Abs. 1 Satz 1 BGB). Weiterhin setzt die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag den unmittelbaren Übergang der Mitgliedschaft vom Erblasser auf die Nachfolger im Zeitpunkt des Erbfalles voraus. Dieser unmittelbare Übergang wird jedoch wegen der Unfähigkeit der Erbengemeinschaft zur Nachfolge in die Mitgliedschaft vereitelt. Auch aus § 139 HGB ergibt sich, daß bei der OHG jeder einzelne Erbe, aber nicht eine Erbengemeinschaft, vom Gesetz als selbständiges Mitglied angesehen wird.⁴⁾

1) soweit sie ein Vermögensrecht ist und den Nachlaßregeln unterliegt.

2) vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 195, 196.

3) vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag u. Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 21.

4) vgl. Hueck, OHG, S. 265 ff.

Aus diesen Gründen hat daher die Rechtsprechung — noch im Bereich der Geltung des ADHGB — es abgelehnt, eine Erbengemeinschaft als nachfolgefähig in die Mitgliedschaft eines Gesellschafters einer OHG zu halten¹⁾. In der grundlegenden Entscheidung im 16. Band, Seite 40 ff., bezeichnet das Reichsgericht „die Konstruktion einer Erbengemeinschaft als irrige Ansicht für einen Fall, für den sie nicht gegeben ist“. Bei dieser Ablehnung ist es bis heute geblieben.²⁾ Nach allgemeiner Ansicht gehen dann, wenn alle Erben eines Gesellschafters in die Gesellschaft nachfolgen sollen, die Mitgliedschaftsrechte des Erblassers unmittelbar kraft Erbgangs auf jeden der Miterben über, ohne daß es einer Mitwirkung der überlebenden Gesellschafter oder der anderen Miterben bedarf. Jeder Erbe erlangt, sofern er nicht seine Rechte aus § 139 HGB ausübt, die volle rechtliche Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters mit allen Rechten und Pflichten eines solchen.^{3) 4)}

Auch der Bundesgerichtshof⁵⁾ hat sich dieser Ansicht angeschlossen und spricht insoweit von einer „Sonderrechtsnachfolge“ der Miterben in die Mitgliedschaft des Erblassers nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages und der erbrechtlichen Einsetzung. Allgemein, und zwar mit Recht, wird anerkannt, daß diese Auffassung, obgleich sie zu einer Durchbrechung des im geltenden Erbrecht herrschenden Gesamthandsprinzips führt, durch die gesellschaftsrechtlichen Notwendigkeiten geboten ist⁶⁾.

Somit vervielfältigt sich die Mitgliedschaft des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes, und jeder einzelne Miterbe wird, entsprechend seiner erbrechtlichen Beteiligung, unmittelbar Gesellschafter der OHG.

1) RGZ 16, 40 ff.; weiterhin später: RG in JW 1912, 457; RG in DR 1943, 1224; RGZ 145, 295; RGZ 123, 367 (für den Kommanditistenanteil); RGZ 170, 394; KG in JW 1935, 1794; KG in DNotZ 1955, 418.

2) Aus dem Schrifttum, z. B. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 21 mit weiteren Nachweisen; Küster, DNotZ 1956, S. 460 ff.; Tiedau, MDR 1957, S. 641 ff.

3) vgl. KG, Beschluß vom 21. 4. 1955 (DNotZ 1955, 418, 420), ob die Erben auf diese Weise auch die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis erwerben, geht aus der Entscheidung nicht hervor.

4) Dabei gehen die überwiegend vermögensbezogenen Rechte im Wege des Erbgangs auf den Nachfolger über, während der Erwerb der überwiegend persönlichkeitsbezogenen Rechte sich nach Gesellschaftsvertrag und Gesellschaftsrecht richtet (vgl. dazu Ausführungen S. 25).

5) Urteil vom 22. 11. 1956; BGHZ 22, 186 ff. = NJW 1957, 180 ff. = JZ 1957, 220 ff.

6) vgl. Fischer in L/M 9/10, Bl. 434.

3. Fast unlösbar wird jedoch der Konflikt zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht, wenn die Mitgliedschaft des Erblassers nur von einem der Miterben fortgesetzt werden soll. Das gleiche gilt, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag nur einige der Miterben in die Gesellschaft nachfolgen sollen. In diesem Fall kann die Miterbengemeinschaft die Mitgliedschaft des Erblassers schon deshalb nicht erwerben, weil diese durch die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag nicht für alle Miterben vererblich geworden ist: Nach dem Gesellschaftsvertrag kann nur einer der Miterben Gesellschafter werden. Im Zeitpunkt des Erbfalles ist demnach kein nachfolgeberechtigter Gesellschafter-Erbe vorhanden¹⁾. Ein unmittelbarer Übergang der Mitgliedschaft auf den zur Nachfolge berufenen Miterben ist damit ausgeschlossen. Die geschilderten Schwierigkeiten lassen sich auch nicht dadurch beseitigen, daß man den Nachfolger als Vermächtnisnehmer im erbrechtlichen Sinne ansieht²⁾ oder die Bestimmung in der letztwilligen Verfügung eine Teilungsanordnung des Erblasser-Gesellschafters darstellt³⁾. Auch dadurch wird ein unmittelbarer Übergang der Mitgliedschaft im Zeitpunkt des Erbfalles nicht erreicht. Zur Lösung dieser Schwierigkeiten und Vermeidung des Widerspruchs, den die Anwendung des Erbrechts bei der Nachfolge mit sich bringt, hat man versucht, Nachfolgemöglichkeiten unter Ausschluß des Erbrechts zu finden.

Bisweilen wurde deshalb die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag in ein Eintrittsrecht umgedeutet.⁴⁾ Die Annahme eines solchen Eintrittsrechts führt jedoch keine unmittelbare Nachfolge des Berechtigten in die Gesellschaft herbei⁵⁾, sondern überläßt ihm die Entscheidung über seinen Eintritt in die Gesellschaft. Eine solche Betrachtungsweise entspricht nicht den Interessen der am Nachfolgevorgang Beteiligten. Die Mitgliedschaft des Erblassers erlischt, weil sie nicht von seinen Erben fortgesetzt werden kann, und die verbleibenden Gesellschafter müssen mit dem nunmehr Eintretenden einen neuen Gesellschaftsvertrag abschließen. Eine solche Umdeutung kann ebenfalls dann zu Komplika-

1) Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 22.

2) Kipp-Coing, a. a. O., § 81, IV 3 c).

3) Buchwald in AcP 154, 25, Anm. 9.

4) Michaelis, a. a. O., S. 197.

5) Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft.

tionen führen, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag die Mitgliedschaft mit einem noch minderjährigen Erben fortgesetzt werden soll: Während die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch einen minderjährigen Erben ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig ist, wird bei der Annahme eines Eintrittsrechts ein neuer, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB bedürftiger Gesellschaftsvertrag abgeschlossen.¹⁾

Auch die Rechtsprechung gab bei dieser Kollision zwischen Gesellschafts- und Erbrecht dem Gesellschaftsrecht den Vorrang.

In einer Entscheidung des Reichsgerichts²⁾ wird ausgeführt, daß der „im Nachlaß steckende Teil des Gesellschaftsvermögens ein gesellschaftsrechtlich gebundenes Zweckvermögen bildet und die Erben im Hinblick auf ihn eine Sonderstellung einnehmen, die sich aus der Gesellschaftereigenschaft ihres Erblassers ergibt, an dessen Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag sie gebunden sind“. Nach der Auffassung des Kammergerichts³⁾ ist die Nachfolge nur eines Miterben in die Gesellschaft nicht mit erbrechtlichen Grundsätzen zu erklären, sondern als Wille des Gesetzgebers aus § 139 HGB zu folgern. In einer seiner letzten Entscheidungen⁴⁾ bestimmte das Reichsgericht das Verhältnis zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht dahin, daß „die Rechtsstellung, die der Erbe mit dem Eintritt in die OHG erwirbt, zwar auf der Erbfolge beruht, sich ihr Inhalt aber nicht nach den Grundsätzen des Erbrechts, sondern sowohl im Innen- und Außenverhältnis wie auch personen- und vermögensrechtlich ausschließlich nach Gesellschaftsrecht bestimmt“. Auch ein Teil des Schrifttums räumt bei diesem Rechtskonflikt dem Gesellschaftsrecht den Vorrang ein, da „ohne gesellschaftsvertragliche Bestimmung überhaupt kein Nachfolger vorhanden sein kann“⁵⁾.

1) vgl. KG in JW 1935, 119; Hueck, OHG, S. 262, Nr. 3; Erman-Bartholomeyczik, a. a. O., § 1922, Anm. 59; Weipert in RGRK-HGB, § 139, Anm. 17: die in § 139 HGB ausgesprochenen Befugnisse übt der Minderjährige durch seinen gesetzlichen Vertreter aus.

2) Bd. 145, 295, allerdings für den Fall eines Eintrittsrechts.

3) KG JW 1933, 118; vgl. auch OLG Bamberg in MDR 1956, 41.

4) Bd. 170, 394; vgl. auch Bd. 171, 330; eine Unterscheidung zwischen Eintrittsrecht und Nachfolge in die Gesellschaft treffen RG und KG in den angeführten Entscheidungen offenbar nicht; deshalb wird der Übergang der Mitgliedschaft auch häufig durch einen Vertrag zugunsten Dritter erklärt (vgl. Übersicht bei Reinicke in NJW 1957, 561; RGZ 145, 292 ff.).

5) vgl. Hueck, DNotZ 1952, 553, 554 mit weiteren Literaturnachweisen.

Eine solche einseitige Betrachtungsweise des Nachfolgevorgangs erscheint jedoch bedenklich.

Die Hinderungsgründe, die einer Nachfolge in die Mitgliedschaft **allein** auf Grund der Nachfolgeklausel im Gesellschafts-Vertrag entgegenstehen, sind im einzelnen dargelegt worden¹⁾. Eine unmittelbare Verfügungswirkung der Nachfolgeklausel ist als Ausnahme nur dann zu erreichen, wenn nicht ein Erbe, sondern ein Dritter in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters nachfolgen soll²⁾. Nach der Ansicht des Reichsgerichts und des Kammergerichts sowie eines Teils des Schrifttums kann aber grundsätzlich das Erbrecht bei dem Übergang der Mitgliedschaft auf einen Erben völlig ausgeschaltet werden. In ihrer Konsequenz führen diese Auffassungen dahin, daß die Erben eines Gesellschafters den Privatgläubigern des Erblassers gegenüber immer nur mit **dem** Vermögen haften, das nicht Gesellschaftsvermögen des verstorbenen Gesellschafters gewesen ist. Auch ein Befriedigungsrecht der Gläubiger nach § 135 HGB entfielen, da den nicht nachfolgeberechtigten Erben bei einer Auseinandersetzung der Gesellschaft nichts zukäme. Das Gesellschaftsvermögen des Erblassers wird somit, da es nach den vorgetragenen Konstruktionen nicht in den Nachlaß fällt oder nur zweckgebunden dort verweilt, dem Erbrecht entzogen.

4. Diese Bedenken werden den Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 22. November 1956³⁾ wohl veranlaßt haben, in dem Rechtskonflikt zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht eine Kompetenzabgrenzung zu finden, die auch die Vorschriften des Erbrechts voll berücksichtigt. Die Entscheidung behandelt den Fall der Nachfolge nur eines der Mit-erben in die Mitgliedschaft eines verstorbenen offenen Handelsgesellschafters, auf Grund der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag und eines gesetzlichen Erbrechts.

Der BGH schließt sich zunächst der herrschenden Meinung an, nach der die Mitgliedschaft eines Gesellschafters auf Grund der Nachfolgeklausel

1) vgl. Ausführungen S. 17 ff.

2) vgl. Ausführungen S. 20 mit der Ausnahme der vorweggenommenen Erbfolge.

3) BGHZ Bd. 22, 186 ff. = BB 1957, 9 ff. = JZ 1957, 220 ff. = NJW 1957, 188 ff. = DNotZ 1957, 405 ff. = LM Nr. 1 zu § 139 HGB mit Anm. von Fischer = Anhang I zu Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der OHG, S. 31-38.

im Gesellschaftsvertrag sowie einer erbrechtlichen Bestimmung vererblich sein kann.

Ist nur ein Erbe vorhanden, so erwirbt dieser nach dem BGH und der allgemeinen Auffassung im Schrifttum die Mitgliedschaft des Erblassers unmittelbar und ausschließlich.¹⁾

Auch bei der Nachfolge sämtlicher Erben in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters folgt der BGH der allgemeinen Ansicht²⁾ und führt in seiner Begründung aus, daß dabei „von vornherein eine Sonderrechtsnachfolge eintritt, also die Miterben diesen Geschäftsanteil entsprechend ihrer erbrechtlichen Beteiligung am Nachlaß unmittelbar erwerben und demgemäß mit dem Tode ihres Erblassers automatisch Gesellschafter nach Maßgabe ihres so erworbenen Gesellschaftsanteils werden“.³⁾

Sodann wendet sich der BGH der Frage zu, wie sich nach seiner Ansicht die Nachfolge vollzieht, wenn nicht alle, sondern nur einer der Miterben in die Gesellschaft nachfolgen soll. Nach der Entscheidung erwirbt der Miterbe im Wege einer Teilnachfolge die Mitgliedschaft des Erblassers nur in Höhe seines Erbteils; denn so argumentiert der BGH, niemand kann mehr erben, als ihm das Erbrecht zugesteht, und der Gesellschaftsvertrag allein könne für den Miterben kein selbständiger Erwerbsgrund sein. Da aber nach Ansicht des BGH den übrigen Gesellschaftern die nicht vererbten Teile der Mitgliedschaft anwachsen, ergibt sich somit eine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung der übrigen Gesellschafter, den angewachsenen Anteil auf den Gesellschafter-Erben zu übertragen. Auf diesem Wege erhält dann der Nachfolger einen Gesellschaftsanteil in gleicher Höhe wie sein Erblasser. Nunmehr, so führt der BGH weiter aus, sei der Nachfolger nach Treu und Glauben verpflichtet, seinen ausgeschlossenen Miterben das zuzuwenden, was er über seinen Erbteil hinaus bekommen habe. Im Verhältnis zu seinen Miterben treffe ihn deshalb eine entsprechende Ausgleichspflicht, wenn nicht der Erblasser durch eine Verfügung von Todes wegen eine abweichende Regelung getroffen habe; denn so schließt der BGH, ohne eine entsprechende Verfügung von Todes wegen soll ein Miterbe gegenüber den anderen Miterben nicht mehr erhalten, als seinem Erbteil an der Erbschaft entspricht.

1) vgl. Ausführungen S. 29-30.

2) vgl. Ausführungen S. 30-31.

3) BGHZ 22, 193.

5. Anmerkungen:

Dem BGH ist zuzustimmen, soweit es die Nachfolge des Alleinerben und sämtlicher Miterben in die Mitgliedschaft betrifft. Im Einklang mit der im gesamten Schrifttum¹⁾ vertretenen Ansicht erwerben der oder die Erben im Erbgang die Mitgliedschaft des Erblassers unmittelbar, wenn auch eine Begründung dafür fehlt, inwieweit die Mitgliedschaft in einer OHG überhaupt vererblich sein kann.

Der Entscheidung des BGH kann jedoch in der Begründung nicht zugestimmt werden, soweit es die Nachfolge nur eines Miterben in die Gesellschaft angeht. Zwar erwirbt der Nachfolger die Mitgliedschaft des Erblassers in Höhe seines gesetzlichen Erbrechts unmittelbar. Daraus ergibt sich, daß der so erworbene Anteil der Mitgliedschaft nicht in die Gesamthand der Erbengemeinschaft fällt. Der BGH erklärt dazu, daß die erbrechtliche Regelung der Gesamthand sich nicht mit den gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten bei einer OHG verträgt. Im Wege dieser Teilnachfolge erhält der Nachfolger aber nicht die gesamte Mitgliedschaft des Erblassers. Um ein billiges Ergebnis zu erreichen, mußte der BGH daher versuchen, im Wege eines Ausgleichs zwischen den übrigen Gesellschaftern, dem Nachfolger und den Erben — also unter den Lebenden —, die gesamte Mitgliedschaft des Erblassers wieder herzustellen.

Eine solche Konstruktion erscheint jedoch bedenklich.

Wie Siebert²⁾ und Hueck³⁾ in ihren Anmerkungen zu diesem Urteil ausführen, besteht für die übrigen Gesellschafter lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung, dem Nachfolger die ihnen angewachsenen Anteile zu übertragen. Die verpflichteten Gesellschafter können Einwendungen gegen eine Übertragung geltend machen, so daß der Nachfolger unter Umständen auf Übertragung der Anteile an sich klagen müßte. Für den Nachfolger besteht somit ein ähnlicher Rechtszustand wie für einen Eintrittsberechtigten⁴⁾, so daß auch Komplikationen dann möglich sind,

1) vgl. S. 31, Anm. 2.

2) in BB 1957, Heft 1, 18 ff. = Anhang II; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 39-47.

3) in JZ 1957, 222 ff.

4) vgl. Ausführungen S. 12, 13.

wenn der zur Nachfolge Bestimmte noch minderjährig ist: Bei der Annahme eines Eintrittsrechts muß zwischen dem Eintrittsberechtigten — hier dem Nachfolger — und den übrigen Gesellschaftern ein neuer, nach § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungspflichtiger, Gesellschaftsvertrag abgeschlossen werden.¹⁾

Weiterhin läßt der BGH die übrigen, also nicht der Teilnachfolge unterliegenden, Anteile der anderen Gesellschaftern anwachsen. Inwieweit sie anwachsen und wie dieser Anfall rechtlich zu begründen ist, bleibt offen. Denkbar ist eine Anwachsung nur der vermögensrechtlichen Beteiligung, möglich ist aber nach der Entscheidung des BGH auch eine Anwachsung der gesamten Mitgliedschaft, soweit sie überhaupt auf einen anderen übergehen kann.

Einer rechtlichen Begründung der Anwachsung aus § 738 BGB steht entgegen, daß kein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, sondern daß die Mitgliedschaft vererblich ist und auf den Nachfolger übergehen soll.²⁾

Aber auch die Stellung der Nachlaßgläubiger kann, wenn man der Ansicht des BGH folgt, beeinträchtigt werden. Ihnen wird, wenn der Gesellschafter-Erbe seine Haftung auf den Nachlaß beschränkt, der Zugriff auf die Anteile verhindert, die den übrigen Gesellschaftern angewachsen sind und die diese auf den Nachfolger übertragen sollen, denn diese Anteile fallen nicht in den Nachlaß. Dadurch werden die erbrechtlichen Grundsätze, die der BGH weitgehend zu berücksichtigen suchte, wieder ausgeschaltet. Endlich mußte der BGH, um zu einem billigen Ergebnis auch für die übrigen Miterben zu kommen, auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgreifen, nach dem den Gesellschafter-Miterben die Verpflichtung trifft, seine nicht nachfolgeberechtigten Miterben abzufinden. Diese Verpflichtung nach Treu und Glauben gegenüber seinen Miterben kann den Nachfolger aber nur dann treffen, wenn er die den anderen Gesellschaftern angefallenen Anteile auch erhalten hat.

1) vgl. Ausführungen S. 33 mit Literaturnachweisen.

2) vgl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 182, I, 3: Nur in den Fällen des Ausscheidens wächst der Anteil des Ausgeschiedenen am Gesellschaftsvermögen den übrigen von selbst kraft Gesetzes (§ 738 BGB) zu.

Schließlich unterscheidet der BGH in seiner Terminologie nicht zwischen Eintrittsrecht und Nachfolge in die Mitgliedschaft. Offenbar werden die vom Schrifttum dazu entwickelten Grundsätze nicht angewendet, so daß nach dem BGH auch ein sogenannter Eintrittsberechtigter unmittelbar als Erbe in die Gesellschaft nachfolgen kann.

Zu berücksichtigen ist indessen — und das wird in den kritischen Anmerkungen zu diesem Urteil nicht zum Ausdruck gebracht —, daß der Entscheidung des BGH vom Erbrecht her eine gesetzliche Erbfolgeregelung zugrunde lag. Nach den Regeln des geltenden Erbrechts konnte der Nachfolger die Mitgliedschaft nur in der Höhe erwerben, wie sie seinem Erbteil an der Erbschaft entsprach und diesen Anteil nur in gesamthänderischer Bindung. Der BGH durchbricht jedoch diese erbrechtlichen Vorschriften dadurch, daß er eine unmittelbare erbrechtliche Teilsondernachfolge in die Mitgliedschaft zuläßt. Eine solche Teilnachfolge wird aber den Bedürfnissen des Gesellschaftsrechts und, wie sich gezeigt hat, auch denen des Erbrechts nicht gerecht. Die zu der Entscheidung angeführten Bedenken wären deshalb vermieden worden, wenn der BGH die Notwendigkeit einer erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Sonderbehandlung der gesamten Mitgliedschaft auch bei der Nachfolge nur einzelner Miterben voll erkannt hätte.

IV. Teil: Sondererbfolge in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer Personalgesellschaft

A. Die Vermeidung des Konflikts zwischen Gesellschafts- und Erbrecht durch Annahme eines Sondererbrechts

1. Der Rechtskonflikt bei der Nachfolge

Aus den Ausführungen im III. Teil dieser Arbeit ergibt sich, daß ein Rechtskonflikt zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht bei der Nachfolge eines Erben in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer OHG entstehen kann. Soweit es die Nachfolge eines Alleinerben oder sämtlicher Erben eines verstorbenen Gesellschafters angeht, ist allgemein anerkannt, daß ein solcher Konflikt nur durch ein reibungsloses Zusammenwirken von gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Normen — insbesondere bei der Nachfolge aller Erben eines Gesellschafters nur durch eine erbrechtliche Sonderbehandlung der Mitgliedschaft — vermieden werden kann.

Aber auch bei der Nachfolge nur einzelner Miterben ist es notwendig, eine Harmonie zwischen den verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts und des Erbrechts zu finden und einen Ausgleich zwischen verschiedenen Interessen herbeizuführen.¹⁾

a) Eine ausschließlich gesellschaftsrechtliche Konstruktion des Nachfolgevorgangs durch Rechtsgeschäft unter Lebenden verhindert entweder einen unmittelbaren Übergang der Mitgliedschaft — so bei der Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter²⁾ — oder zeigt sich in ihrer prak-

1) vgl. Kipp-Coing, a. a. O., § 91, IV, 4 b).

2) vgl. Ausführungen S. 18.

tischen Durchführung bei Erben eines Gesellschafters in der Regel als unbrauchbar (so der aufschiebend bedingte Verfügungsvertrag).¹⁾

b) Auch eine uneingeschränkte Anwendung der erbrechtlichen Regeln des 5. Buches des BGB widerspricht der auf die Einzelpersönlichkeit zugeschnittene Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag. Das erbrechtliche Gesamthandprinzip verträgt sich nicht mit der persönlichen Natur der Mitgliedschaft in Personalgesellschaften. Eine Teilnachfolge in die Mitgliedschaft, wie sie der BGH annimmt, führt ebenfalls zu keinem befriedigenden Ergebnis.²⁾

Die reibungslose Nachfolge eines Erben in die Mitgliedschaft allein unter Berücksichtigung der Normen eines Rechtskreises ist daher nicht möglich und eine Behebung des Rechtskonflikts dadurch somit ausgeschlossen.³⁾

2. Der Interessenkonflikt bei der Nachfolge

Durch eine rechtlich einseitige Behandlung der Mitgliedschaft bei der Nachfolge können die Interessen der Beteiligten berührt werden.

Die Beteiligten — die Gesellschafter, der Nachfolger, die Erben oder Dritte — können voneinander abweichende Vorstellungen über den Nachfolgevorgang haben. Die Mitgesellschafter und der Nachfolger werden eine streng gesellschaftsrechtliche Lösung des Nachfolgevorgangs anstreben, mit dem Ziel, das Vermögen und den Bestand der Gesellschaft vor Eingriffen von Nichtgesellschaftern zu bewahren.⁴⁾

Diesen Interessen stehen diejenigen der von der Nachfolge ausgeschlossenen Erben des verstorbenen Gesellschafters gegenüber, die ein natürliches Interesse daran haben, daß zumindest der Kapitalanteil der Mitgliedschaft als Nachlaßbestandteil erhalten bleibt.⁵⁾

1) vgl. Ausführungen S. 18 ff.

2) vgl. Ausführungen S. 36 ff.

3) Eine Kritik muß sich jedoch in erster Linie gegen den Gesetzgeber richten, der offensichtlich einen „Lebenssachverhalt“, wie er sich als Nachfolge von Erben in die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters einer Personalgesellschaft darstellt, mangels „ungenügender Rechtstatsachenfeststellung“ im Gesetzgebungsakt nicht ausreichend gewürdigt hat. (Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, S. 82.)

4) vgl. Weipert in RGRK zum HGB, § 139, Anm. 12; Schlegelberger-Gessler-Hefermehl, a. a. O., § 138, Anm. 26; RG, 170, 394 ff.; Hueck, DNotZ 1952, 550; NJW 1954, 477.

5) Kipp-Coing, a. a. O., § 91, IV, 4 b).

Desgleichen können für Pflichtteilsberechtigte und Nachlaßgläubiger, insbesondere für persönliche Gläubiger des Erblasser-Gesellschafters, Nachteile entstehen. Fällt nämlich der Gesellschaftsanteil nicht in den Nachlaß, so kann er bei der Berechnung des Pflichtteils nicht oder möglicherweise nur als Ergänzungsanspruch nach § 2325 BGB berücksichtigt werden (vgl. aber § 2329 BGB). — Während die persönlichen Gläubiger zuvor sowohl auf das persönliche Vermögen wie im Wege der Pfändung auch auf den Gesellschaftsanteil zurückgreifen konnten, haftet ihnen nach dem Erbfall nur noch das persönliche Vermögen des Erblasser-Gesellschafters. Ein Zugriff auf den nicht in den Nachlaß gelangten Kapitalanteil bleibt ihnen, sofern der Gesellschafter-Erbe von den Haftungsbeschränkungen des BGB Gebrauch macht, verwehrt.¹⁾

Bei dem Versuch einer einseitigen Lösung des Rechtskonflikts besteht daher die Gefahr, daß eine Gruppe der Beteiligten zugunsten der anderen benachteiligt werden könnte.²⁾

3. Die Sondererbfolge

Einen Ausweg aus den geschilderten Schwierigkeiten bei der Nachfolge nur eines Miterben in die Gesellschaft kann daher nur durch eine klare Abgrenzung von gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Normen erreicht werden, wie sie bei der Nachfolge aller Erben in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters bereits anerkannt wird. Nach allgemeiner Meinung³⁾ entsteht dort auf Grund einer für die Erben in die ererbte Mitgliedschaft eröffneten Sonderrechtsnachfolge⁴⁾ keine Gesamthandsgemeinschaft unter den Miterben. Vielmehr vervielfältigt sich die Mitgliedschaft des Erblasser-Gesellschafters zum Zeitpunkt seines Todes mit der Folge, daß jeder einzelne Miterbe mit dem Erbfall in Höhe seines Erbteils Gesellschafter der Gesellschaft wird.

1) vgl. Kipp-Coing, § 91, IV, 4 b).

2) vgl. auch Töteberg, a. a. O., S. 11 ff.

3) vgl. Ausführungen S. 31.

4) daß die vom BGH bezeichnete, sog. „Sonderrechtsnachfolge“ eine Sondererbfolge darstellt, weil ein bestimmter Gegenstand vom Nachlaß abgespaltet und in die Zukunft hinein nach einer von der allgemeinen verschiedenen Erbfolge vererbt wird, ist noch nicht allgemein erkannt worden; vgl. auch Zunft in NJW 1957, 1131.

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Nachfolge nur eines Miterben in die Mitgliedschaft hat zu bedeuten, daß zu einer reibungslosen Nachfolge das Prinzip der erbrechtlichen Gesamthandsgemeinschaft zugunsten des in den Nachlaß gelangten Teiles der Mitgliedschaft durchbrochen werden muß. Nur dadurch kann eine Kollision zwischen der auf die Einzelpersonlichkeit zugeschnittenen Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag und dem auf die Gesellschaft aller Miterben bezogenen Gesamthandsgedanken vermieden werden.¹⁾ Dieses Ziel wird dann erreicht, wenn die Mitgliedschaft des Gesellschafters in einer offenen Handelsgesellschaft Gegenstand einer **Sondererbfolge** wird.

a) **Das legitime Interesse an einer Sondererbfolge**

Ein legitimes Interesse für die Annahme einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft besteht jedoch nur dann, wenn eine Nachfolgeregelung auf Grund der Vorschriften des geltenden Rechts nicht möglich ist oder jedenfalls als unbrauchbar erscheint.

Der Überblick und die Ausführungen unter Teil III dieser Arbeit haben gezeigt, daß die Nachfolge eines Erben in die Mitgliedschaft weder auf Grund der Normen des Gesellschaftsrechts allein noch ausschließlich nach den Vorschriften des geltenden Erbrechts durchführbar ist. Eine Nachfolge ist daher nur durch ein sinnvolles Ineinandergreifen der Normen beider Rechtskreise möglich. Somit ist auch ein legitimes Interesse vorhanden, die Mitgliedschaft entgegen dem allgemeinen Recht an eine Sondererbfolge zu binden.²⁾

b) **Die Vereinbarkeit der Sondererbfolge mit den Normen des geltenden Rechts**

Zwischen dem Institut des Sondererbrechts und den Normen des Erbrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches dürfen keine so tiefgreifenden Gegensätze bestehen, daß daran eine entsprechende Anwendung scheitern muß. Der Gedanke einer Sondererbfolge ist unserem Erbrecht nicht

1) vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 23.

2) a. A. Kaufmann in JZ 1959, 322; Fischer, a. a. O., Bl. 434.

fremd. Auch im geltenden Recht findet er sich, insbesondere im Höferecht, heute noch, wie die eingangs angeführten Beispiele ergeben. Sie haben auch gezeigt, daß ein Sondererbrecht durchaus mit den Grundsätzen des geltenden Erbrechts zu vereinbaren ist.¹⁾

Indessen ist bei einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft eines Gesellschafters einer OHG die rechtspolitische Zweckbesetzung verschieden von derjenigen des Höferechts. Dort sollen durch Einführung eines Sondererbrechts lebensfähige Wirtschaftseinheiten erhalten bleiben. Die Sondererbfolge in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer Personengesellschaft rechtfertigt sich jedoch nicht aus diesem Grund, sondern aus der persönlichen Natur der Mitgliedschaft, die nicht auf eine Erbengemeinschaft, sondern nur auf die Einzelpersönlichkeit zugeschnitten ist.^{2) 3) 4) 5)}

-
- 1) z. B. dem Grundsatz der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten; vgl. Ausführung. S. 5; Siebert in BB 1957, 20.
 - 2) vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 24, der es dahin gestellt läßt, ob der dem Höferecht zugrunde liegende Gedanke der Erhaltung von Wirtschaftseinheiten auf die von Personengesellschaften betriebenen Unternehmen zu übertragen sei.
 - 3) Damit entfällt auch der Vorwurf des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht in Band II, S. 85. Dort wird zwar anerkannt, „daß der Gedanke einer Sondererbfolge eine gewisse Berechtigung als Gegenmaßnahme gegenüber der starren Teilung des bisherigen (d. h. geltenden; d. Verf.) Rechts besitzt“, wenngleich der Ausschuß es ablehnt, Sondererbfolgen außerhalb des Erbrechts zu schaffen, um nicht zugunsten der Wirtschaftseinheit die wirtschaftliche Verantwortung zu schwächen; vgl. aber Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, S. 144, der für die Fälle, in denen die Erhaltung der Nachlaßeinheit geboten ist, insbesondere bei wirtschaftlichen Unternehmen eine Reform für dringend notwendig hält.
 - 4) Zunft entnimmt die Möglichkeit einer Sondererbfolge der gesamten Mitgliedschaft direkt dem § 139 HGB (NJW 1957, 1131). Jedoch schafft der Gesellschaftsvertrag und nicht § 139 HGB die Vererblichkeit der Mitgliedschaft. Zweck des § 139 HGB ist die Erhaltung der Rechtsstellung des Erblasser-Gesellschafters für die Nachfolge-Erben; ferner die Befugnis der Erben, ein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung einer Kommanditistenstellung abhängig zu machen; vgl. Liebisch in ZHR 116, 132; Sudhoff in NJW 1958, 401 ff.; vgl. Ausführungen S. 26.
 - 5) Ein Beispiel für eine Sondererbfolge in ein Wirtschaftsunternehmen stellt der „Führer-Erlaß“ über das Familienunternehmen der Firma Fried. Krupp vom 12. November 1943 (RGBl. I, S. 655) dar. Nach I. dieses Erlasses war der Inhaber des Kruppschen Familienvermögens ermächtigt, mit diesem Vermögen ein Familienunternehmen mit besonders geregelter Nachfolge zu errichten.

B. Die Ausgestaltung der Sondererbfolge in die Mitgliedschaft

1. Die Berufung des Sondererben

Der Sondererbe muß sowohl nach Gesellschaftsrecht als auch nach Erbrecht zur Nachfolge in die Mitgliedschaft berufen sein.

Zum unmittelbaren Übergang der Mitgliedschaft bedarf es daher der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag¹⁾; erst dadurch wird eine Sondererbfolge in die Mitgliedschaft ermöglicht.

Die Bestimmung des Sondererben und der Erwerbsvorgang beruhen jedoch auf dem Erbrecht²⁾.

2. Der Sondererbe als Mitglied der Miterbengemeinschaft

Die Mitgliedschaft des Erblasser-Gesellschafters ist als vererbliches Rechtsgut mit den genannten Einschränkungen Bestandteil des Nachlasses³⁾. Der Gesellschafter-Nachfolger und die übrigen Miterben stehen zueinander im Verhältnis von Miterben. Sie haften nach außen nach den Vorschriften des BGB für die Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner (§§ 2058, 2059 BGB). Nur findet mit dem Erbfall durch die dem Nachfolger eröffnete Sondererbfolge — im Gegensatz zu geltenden Gesamthandsprinzip des BGB — eine Teilung des Nachlasses in die Mitgliedschaft und den übrigen Nachlaß statt⁴⁾.

Die Sondererbfolge stellt sich demnach so dar, daß zwar wertmäßig allen Erben des Gesellschafter-Erblassers dessen gesamter Nachlaß gemeinschaftlich zusteht, der Sondererbe aber die Mitgliedschaft durch eine Aufteilung des Nachlasses in zwei getrennte Vermögensmassen als frei verfügbaren Anteil erhält. Die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag hat somit nur eine unmittelbar „dingliche“, nicht aber eine wertmäßige Zuordnungswirkung⁵⁾. Unter den Miterben entsteht deshalb an

1) vgl. Ausführungen S. 22.

2) vgl. Ausführungen S. 22 ff.

3) vgl. Staudinger-Boehmer, a. a. O., Einleitung, Anm. 125; Ausführungen S. 25.

4) vgl. zum Höferecht Ausführungen S. 5.

5) An die Stelle der Mitgliedschaft tritt im Verhältnis der Miterben zueinander nunmehr der Wert; vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S. 43, Anm. 8 a); Kipp-Coing, a. a. O., § 91, IV d).

dem gesamten Nachlaß nur eine Miterbengemeinschaft¹⁾, die erbrechtliche Gesamthandsgemeinschaft erstreckt sich jedoch nur auf den übrigen Nachlaß und nicht auf die Mitgliedschaft. Diese erwirbt der Nachfolger im Wege der Sondererbfolge vom Erblasser²⁾.

3. Keine Schwierigkeiten bereitet die Sondererbfolge in die Mitgliedschaft, wenn eine erbrechtliche Einsetzung des Sondererben in der Form einer Verfügung von Todes wegen entweder als Testament oder als Erbvertrag vorliegt³⁾. Der Sondererbe erhält dann nur das, was ihm auf Grund der erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Verfügung zugestanden wird⁴⁾.

4. Schwierigkeiten bietet die Durchführung einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft, wenn keine Verfügung von Todes wegen besteht, sondern der in der gesellschaftsrechtlichen Klausel bestimmte Nachfolger lediglich gesetzlicher Miterbe ist.

Eine Nachfolge aller Miterben in die Mitgliedschaft entfällt mangels einer dahingehenden Bestimmung in der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel.⁵⁾ Denkbar sind zwei Lösungen:

- a) Teilsondernachfolge im Rahmen des gesetzlichen Erbrechts, wie sie der BGH annimmt, oder
- b) Vollnachfolge, d. h. Sondererbfolge in die gesamte Mitgliedschaft des Erblasser-Gesellschafters.

1) Somit kann im Gegensatz zum Höferecht und ebenso wie bei der Sondererbfolge nach dem Reichsheimstättengesetz der gesellschaftsrechtliche Sondererbe nur ein Miterbe des gesamten Nachlasses sein; vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199.

2) So Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S. 23; NJW 1955, 10; BB 1957, 18; Staudinger-Boehmer, a. a. O., § 1922, Anm. 162; Vorb. 10 zu § 2032; Zunft in NJW 1957, 1129; Töteberg, a. a. O., S. 162; Schlegelberger-Hefermehl, a. a. O., § 139, Anm. 25; KG in DNotZ 1955, 421; Tidau in MDR 1957, 641; Baumbach-Duden, a. a. O., § 139, Anm. 2) A.-C.; Kipp-Coing, a. a. O., § 91, IV d); zur Frage der Einwirkung des Testamentvollstreckers und des Nachlaßverwalters auf den in den Nachlaß gelangten Teil der Mitgliedschaft: Hueck, Recht der OHG, S. 268, 270; Holch in DNotZ 1958, 282.

3) es sei denn, daß der Sondererbe ohne nähere Bestimmung bedacht ist; in diesem Falle ist der Sondererbe nach der Auslegungsregel der §§ 2066 ff. BGB als gesetzlicher Erbe zu behandeln. Vgl. Ausführungen S. 46.

4) wenn nicht den Sondererben eine durch Vermächtnisse oder Auflagen begründete Zuwendungspflicht trifft. Vgl. auch Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 43.

5) vgl. Ausführungen S. 32.

Zu a): Die Bedenken gegen eine Teilnachfolge sind dargelegt.¹⁾ Sie kann zu einer erheblichen Gefährdung der Rechtsstellung sowohl der Nachlaßgläubiger als auch der Miterben und des Nachfolgers selbst führen; sie ist daher abzulehnen. Auch dem Willen des Erblasser-Gesellschafters, wie er in der Nachfolgeklausel zum Ausdruck kommt, wird eine Teilnachfolge seines Nachfolge-Erben in der Regel nicht entsprechen. Dem Erblasser wird dann daran liegen, daß sein Nachfolger mit dem Erbfall seine Mitgliedschaft unmittelbar und in voller Höhe fortsetzt.

Zu b): Voraussetzung dafür, daß dem gesellschaftsrechtlichen Alleinnachfolger und nur gesetzlichen Miterben auch eine Sondererbfolge in die Mitgliedschaft eröffnet werden kann, ist zunächst wieder das Bestehen eines legitimen Interesses an einer solchen Nachfolgeregelung. Dieses ist uneingeschränkt zu bejahen, weil die Nachfolge nicht sämtlicher Miterben in die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters im Rahmen des geltenden Rechts nicht reibungslos durchzuführen ist.²⁾ Weiterhin ist abzustellen auf die rechtspolitische Zwecksetzung von gesellschaftsrechtlicher und erbrechtlicher Nachfolge.

Das Gesellschaftsrecht bestimmt in erster Linie den Umfang des Rechtsenerwerbs³⁾, d. h. auf Grund der Nachfolgeklausel wird entschieden, wer in die Gesellschaft nachfolgen und welche Rechtsstellung der Nachfolger erhalten soll.⁴⁾

Das Erbrecht dagegen befindet hauptsächlich über das vererbliche Vermögen des Erblassers⁵⁾. Dieses soll den einzelnen Miterben in Höhe des Anteils erhalten bleiben, der ihnen auf Grund ihres Erbrechts gebührt. Die Sondererbfolge in die Mitgliedschaft eines gesetzlichen Miterben ist daher nur dann zu bejahen, wenn dadurch keine vermögensmäßige Benachteiligung der übrigen, von der Nachfolge ausgeschlossenen, Miterben entsteht. Eine solche Benachteiligung ist immer dann möglich, wenn der vermögensmäßige Wert der Mitgliedschaft größer ist als der

1) vgl. Ausführungen S. 36-38.

2) vgl. Ausführungen S. 32-34, 39-41.

3) auch Zunft in NJW 1957, 1132.

4) vgl. BGH in NJW 1959, 192 = MDR 1959, 104.

5) vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 31 ff.; die äußerst wichtige Funktion des Nachlasses als Haftungsobjekt ist nicht hier, sondern in dem Kapitel über die Haftung des Sondererben erwähnt.

Wert des Erbanteils, den der Nachfolger auf Grund seines gesetzlichen Erbrechts erhalten würde. Der Sondererbe bekäme damit mehr, als ihm nach dem allgemeinen Erbrecht zusteht.

5. Die Wertanrechnungspflicht des Sondererben

Eine solche Bevorzugung des Sondererben tritt jedoch nicht ein. Der vermögensmäßige Teil der Mitgliedschaft des Erblassers wird Bestandteil des Nachlasses dergestalt, daß sein Wert gemäß §§ 2042 ff. BGB in die Auseinandersetzung der Miterben einzubeziehen ist.¹⁾

Es entsteht ein ähnlicher Rechtszustand, wie er sich bei den vom Gesetzgeber geregelten Fällen einer Sondererbfolge nach der Höfeordnung vom 24. April 1947 und des Heimstättengesetzes vom 25. November 1937 ergibt.

Die Höfeordnung beteiligt die durch die Sondererbfolge ausgeschlossenen Erben dadurch am Hof, daß sie ihnen einen Geldanspruch gegen den Hoferben zugesteht (§ 4 Satz 2), dessen Höhe sich aus den in § 12 niedergelegten besonderen Berechnungsvorschriften ergibt.²⁾

Nach dem Heimstättenrecht ist wie bei der Nachfolge in den Hof für die Erbauseinandersetzung der Anrechnungswert der Heimstätte dem übrigen Nachlaß zuzuzählen (§ 31 AVO v. 17. 9. 1940).³⁾

Wie auch im Höfe- und Heimstättenrecht trifft somit den gesellschaftsrechtlichen Sondererben, soweit der vermögensmäßige Wert der Mitgliedschaft den seines gesetzlichen Erbteils übersteigt, eine Wertanrechnungspflicht gegenüber seinen Miterben.⁴⁾ Danach erhalten die ausge-

1) vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 24; vgl. Tidau in MDR 1957, S. 643; vgl. Ausführung S. 44: Die einzelnen Miterben haben ihren Anteil am gesamten Nachlaß. Die von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben können aber den in den Nachlaß gelangten Teil des Gesellschaftsvermögens nicht erwerben; denn dieser kann als Sondervermögen nur den Gesellschaftern selbst zustehen (vgl. auch Hueck in DNotZ 1952, S. 554). Jedoch tritt an die Stelle des Gegenstandes nunmehr dessen Wert. Abfindungsansprüche der Miterben gegen den Nachfolger können daher entstehen. Diese Ansprüche stehen aber in keiner dinglichen Beziehung zur Mitgliedschaft, sondern erschöpfen sich von vornherein in einer persönlichen Rechtsstellung zum Nachfolger.

2) vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 196; Ausführungen S. 5.

3) vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 198; Ausführungen S. 6.

4) Die ausgeschlossenen Miterben sind bezüglich ihrer Rechte gegen den Sondererben Nachlaßgläubiger; verpflichtet ist jedoch aus diesen Nachlaßverbindlichkeiten nur der Sondererbe; vgl. dazu Bosch, a. a. O., S. 35; weiterhin Linckelmann, a. a. O., S. 22.

schlossenen Miterben einen Abfindungsanspruch in Geld gegen den Sondererben, dessen Höhe durch eine Abfindungsberechnung ermittelt werden muß.^{1) 2)}

Der Sondererbe erhält demnach nicht mehr, als ihm das Erbrecht in vermögensmäßiger Hinsicht zugesteht.

Der Abfindungsanspruch der Miterben gegen den Sondererben kann auch durch eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen werden.³⁾ Der Gesellschaftsvertrag ist ein Vertrag unter Lebenden. Durch ihn kann das Erbrecht der einzelnen Miterben nicht abgeändert werden. Eine Ausschlußbestimmung im Gesellschaftsvertrag stellt auch kein Vermächtnis zugunsten des Sondererben dar. Dazu bedürfte es einer Ver-

1) vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 199; Kipp-Coing, § 91, IV d); Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 43; G. u. D. Reinicke in NJW 1957, S. 563; Hueck, Recht der OHG, S. 267; zweifelnd: Tiedau in MDR 1957, 643; a. A. Zunft in NJW 1957, 1133, der Abfindungsansprüche der ausgeschlossenen Miterben gegen den Nachfolger wohl zu Unrecht verneint. Soweit es sich um eine gewillkürte Erbfolge handelt, ist dem zuzustimmen; denn dort erhält der Nachfolger durch eine Verfügung von Todes wegen in aller Regel den ganzen in den Nachlaß gelangten Teil der Mitgliedschaft. Das Problem einer Wertanrechnungspflicht und damit eines Abfindungsanspruches kann grundsätzlich somit nur unter gesetzlichen Miterben entstehen. In die Auseinandersetzung der Miterben ist deshalb der Wert der in den Nachlaß gelangten Mitgliedschaft einzubeziehen.

Die Auseinandersetzungs- und Abfindungsberechnung mag an einem Beispiel erläutert werden (ohne Berücksichtigung etwaiger Ansprüche nach dem Gleichberechtigungsgesetz): Der Wert der in den Nachlaß gelangten Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters X beträgt 100 000,— DM, der sonstige Nachlaß 60 000,— DM. Insgesamt sind nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten 160 000,— DM vorhanden. Gesetzliche Erben des Gesellschafters sind seine Ehefrau F, ein Sohn A und eine Tochter B. Die gesetzlichen Erbteile betragen: F — $\frac{1}{4}$, A — $\frac{2}{8}$ und B — $\frac{3}{8}$. Nachfolger in die Mitgliedschaft ist der Sohn A. Dieser erhält kraft Sondererbrechts den in den Nachlaß gelangten Teil der Mitgliedschaft des X im Werte von 100 000,— DM, setzt sich jedoch bei der Auseinandersetzung einer Wertanrechnungspflicht gegenüber F und B aus. A hat die F in Höhe von 16 000,— DM und die B in Höhe von 24 000,— DM abzufinden. (Zur Ausgleichung sind von A zu bringen 100 000,— DM — 60 000,— DM = 40 000,— DM. Davon erhält im Verhältnis von $\frac{2}{8}$ zu $\frac{3}{8}$ die F 16 000,— DM und die B 24 000,— DM.)

2) vgl. auch Baumbach-Duden, a. a. O., § 139, Anm. 2) B: Die ausgeschlossenen Miterben haben für die Summe ihrer Teile den Abfindungsanspruch zur gesamten Hand entsprechend § 2032 BGB; vgl. auch Kipp-Coing, a. a. O., § 91, IV d).

3) vgl. Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, S. 91 ff.; Kipp-Coing, § 91, IV b); Schlicht in NJW 1954, 984; Siebert in NJW 1955, 812; LG Bremen in NJW 1954, 477, a. A. RGZ 145, 289; BGHZ 22, 186 ff.; Zunft in NJW 1957, 1133; OLG Bamberg in MDR 1956, 41; Hueck, OHG, S. 232; Baumbach-Duden, a. a. O., § 139, Anm. 2 c).

fügung von Todes wegen. Nur durch sie kann ein Ausschluß der in den Nachlaß gelangten Abfindungsansprüche herbeigeführt werden.¹⁾

Ein Abfindungsanspruch der ausgeschlossenen Miterben gegen die Gesellschaft oder die übrigen Gesellschafter besteht nicht. Er kann nach § 738 BGB nur dann entstehen, wenn ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet. Der Sondererbe setzt jedoch die Mitgliedschaft des Erblasser-Gesellschafters unmittelbar fort.²⁾ Deshalb bedarf es keines besonderen Ausschlusses dieser Abfindungsansprüche im Gesellschaftsvertrag.³⁾

6. Die Berechnung des vermögensmäßigen Wertes der Mitgliedschaft

Zur Berechnung des sog. „Kapitalanteils“ dient nach allgemeiner Ansicht der im Kapitalkonto des Gesellschafters angegebene Betrag. Das Kapitalkonto ist jedoch nur eine Rechnungsziffer zur Bestimmung des Verhältnisses der Beteiligung der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen und mit dem wahren Wert der Mitgliedschaft nicht identisch.⁴⁾ Der Wert der Mitgliedschaft und die Höhe der einzelnen Abfindungsguthaben der ausgeschlossenen Miterben wird sich nur durch eine Auseinandersetzungsbilanz ermitteln lassen.

Dem begegnen aber Bedenken, weil sich normalerweise der Abfindungsanspruch der übrigen Miterben nur gegen den Nachfolger richtet, der Anspruch auf Errichtung einer Auseinandersetzungsbilanz aber nur gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden könnte. Als wirtschaftliche Schwierigkeit bei der Berechnung des vermögensmäßigen Wertes der

1) aber selbst dann können sich aus §§ 2316 ff. BGB Ausgleichspflichten ergeben; vgl. Erman-Bartholomeyczik, a. a. O., Vorb. 3 b) zu § 2032.

2) vgl. Ausführungen S. 44 ff.; vgl. Hueck, Recht der OHG, S. 266; Tiedau, MDR 1957, S. 643, siehe auch dortselbst zur Problematik des Zugewinnanspruchs eines Ehegatten (auch Knur, DNotZ 1957, 451 ff.).

3) vgl. dazu BGH in NJW 1957, S. 181. Danach kann ein Abfindungsanspruch der Miterben gegen die Gesellschaft nur durch eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden. Der BGH verkennt jedoch den Unterschied zwischen einem Eintrittsrecht in die Gesellschaft und der Nachfolge in die Mitgliedschaft. Bei einem Eintrittsrecht scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus und ein Abfindungsanspruch gelangt in den Nachlaß. Dieser kann nach Ansicht des BGH im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden, vgl. dazu Ausführungen S. 36-38.

4) vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 10; RG DR 1941, 1084; Ausführungen S. 11.

Mitgliedschaft kommt hinzu, daß die Bewertung des Gesellschaftsvermögens, insbesondere des inneren Geschäftswertes, oft ohne Schätzung gar nicht möglich ist. Daraus können sich sehr häufig Meinungsverschiedenheiten ergeben. Vielfach wird deshalb bei der Berechnung der einzelnen Gesellschafterguthaben die Steuerbilanz der Gesellschaft zugrunde gelegt.¹⁾

Dem Sondererben bleibt es selbst überlassen, in welcher Form er seiner Abfindungspflicht gegenüber den ausgeschlossenen Miterben nachkommt. Er kann die ihm obliegenden Leistungen sowohl aus seinem Privat- als auch durch Entnahme aus seinem ererbten Gesellschaftsvermögen erbringen. Kommt der Sondererbe seiner Verpflichtung gegenüber seinen Miterben nicht nach, so haben diese das Recht, gemäß § 135 HGB nach Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsanspruches des Sondererben die Gesellschaft zu kündigen. Als Folge ergibt sich gemäß § 131, Ziffer 6 HGB, daß die Gesellschaft aufgelöst wird. In der Auseinandersetzung über das Gesellschaftsvermögen nehmen die Miterben-Gläubiger gemäß § 725 Abs. II BGB die Stellung von Gesellschaftern ein und erhalten nach § 105 HGB, §§ 730, 734 BGB einen Zugriff auf den Anteil, der ihrem Schuldner am Gesellschaftsvermögen gebührt.

C. Die Haftung des Sondererben

1. Für die bis zum Tode des Erblasser-Gesellschafters entstandenen Gesellschaftsschulden (sog. Altschulden)

Die Nachlaßzugehörigkeit des verhältnismäßigen Teiles der ererbten Mitgliedschaft äußert sich weiter darin, daß gemäß § 1967 BGB der Sondererbe für die bis zum Tode des Erblassers entstandenen Gesellschaftsschulden (sog. Altschulden), die nunmehr für ihn ererbte Nachlassschulden sind, haftet. Nach der noch überwiegenden Meinung im Schrifttum werden die erbrechtlichen Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung

1) vgl. auch Hueck, OHG, S. 146 ff.; eingehend zu dem Komplex: Sudhoff in NJW 1958, S. 401 ff.

des Sondererben auf den Nachlaß durch den Grundsatz der unbeschränkten Haftung des OHG-Gesellschafters nach § 128 HGB verdrängt¹⁾.

Maßgebend kann jedoch nicht nur allein der in § 128 HGB niedergelegte Grundsatz der unbeschränkten gesellschaftsrechtlichen Haftung sein, sondern zu berücksichtigen sind in erster Linie die Rechte der Beteiligten²⁾.

Rechtspolitisch sind dabei folgende Interessen in Einklang zu bringen:

a) Das Interesse der Nachlaßgläubiger an einer ungeschmälernten Haftungsgrundlage.

b) Das Interesse des Sondererben, ihm die Nachfolge in die Gesellschaft, die auch im Interesse der Gläubiger liegt, persönlich nicht zu sehr zu erschweren³⁾.

Zu a): Die Gläubiger konnten bei der Begründung ihrer Forderungen gegen die Gesellschaft nur mit dem Vermögen des Erblasser-Gesellschafters als einer zusätzlichen Haftungsgrundlage rechnen. Diese Haftungsgrundlage verbleibt ihnen auch, da der Sondererbe — wie auch die übrigen Miterben — für die Nachlaßverbindlichkeiten des Erblassers haftet. Das Interesse der Nachlaßgläubiger erfordert deshalb nicht die Verdrängung der erbrechtlichen Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß durch den Grundsatz der unbeschränkten Haftung nach § 128 HGB.⁴⁾

Zu b): Für den Erben bedeutet es eine unbegründete Härte, ihm die Vorteile seiner Erbenstellung zu entziehen. Dem Sondererben ist somit die Möglichkeit einzuräumen, für die sog. Altschulden des Erblasser-Gesell-

1) Vgl. Baumbach-Duden, a. a. O., § 139, Anm. 1 D; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a. a. O., § 139, Anm. 5, 14, 21; Schlegelberger-Gessler, a. a. O., § 139, Anm. 56; Heymann-Kötter, a. a. O., § 139, Anm. 3 Abs. IV; Weipert in RGRK zum HGB, § 139, Anm. 29; Hueck, OHG, S. 275, V, 1; RGZ 16, 40; Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 309.

2) Bartholomeyczik, Die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten in DGWR, 1938, S. 321-325; die Kunst der Gesetzesauslegung, S. 51; Liebisch, ZHR 116, 153 ff.

3) Vgl. dazu Bartholomeyczik, Die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten, S. 321-325.

4) Vgl. dazu Liebisch, ZHR 116, 153 ff.

schafters seine Haftung nach den Vorschriften des BGB auf den Nachlaß zu beschränken.¹⁾

2. Die Haftung des Sondererben für die sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten des Erblassers

Die vererbte Mitgliedschaft ist, soweit es die Haftung betrifft, kein von dem übrigen Nachlaß getrennter selbständiger Nachlaßgegenstand, sondern vorhanden ist nur ein Nachlaß, von dem die vererbte Mitgliedschaft lediglich einen Teil darstellt. Daher haftet der Sondererbe unbeschränkt für die sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten des Erblassers, jedoch vorbehaltlich seiner Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß nach den Regeln des BGB.

3. Die Haftung des Sondererben für die nach dem Erbfall entstandenen Gesellschaftsschulden (sog. Neuschulden)

Für alle sog. neuen Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet der Sondererbe gemäß § 128 HGB unbeschränkt persönlich. Nach § 139 Abs. IV HGB kann er jedoch für alle Gesellschaftsschulden (alt und neu) die rechnerisch beschränkte Haftung des Kommanditisten herbeiführen oder für neu entstehende Gesellschaftsschulden seine Haftung, wenn er innerhalb der Frist des § 139 Abs. II HGB aus der Gesellschaft ausscheidet, nach Maßgabe der Vorschriften des BGB auf den Nachlaß beschränken.²⁾

1) Anderer Ansicht die noch h. M. (vgl. Anm. 1 auf S. 51), die die unbeschränkte Haftung des Nachfolgers auch für Altschulden aus § 130 HGB folgert. Diese Auffassung ist jedoch von J. v. Gierke in der Festgabe für Wieland, S. 112 ff., und von Liebisch, a. a. O., S. 153, als irrig nachgewiesen und widerlegt worden (vgl. auch Staudinger-Boehmer, a. a. O., 1922, Anm. 162). Die Nachfolge in die Mitgliedschaft ist mit dem Fall des Eintritts nach § 130 HGB nicht zu vergleichen. Der Eintretende wird Gesellschafter aus eigenem Entschluß und wohl immer nach eingehender Prüfung der Schuldenlast der Gesellschaft. Der Sondererbe wird ohne sein Zutun Gesellschafter und setzt die Mitgliedschaft des Erblassers fort. Mit dessen Vermögen konnten die Gläubiger als Haftungssumme rechnen und können es auch noch, wie ausgeführt, nach dem Erbfall (vgl. Liebisch ZHR, 116, 153 ff.).

2) Vgl. Staudinger-Boehmer, a. a. O., 1922, Anm. 162; realiter ist die beschränkte Haftung des Kommanditisten eine beschränkte Schuld; vgl. auch Bartholomeyczik in DGWR, Nr. 21, S. 321 ff.; vgl. Ausführungen S. 26.

D. Zusammenfassend ergibt sich für die Sondererbfolge in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft:

1. Eine Sondererbfolge in die Mitgliedschaft ist nur möglich, wenn der Sondererbe sowohl nach dem Gesellschaftsvertrag als auch nach dem Erbrecht zur Nachfolge in einen Gesellschafteranteil berufen ist.
2. Die vererbliche Mitgliedschaft des Sondererben ist Bestandteil des Nachlasses, der Sondererbe Mitglied der Miterbengemeinschaft. Die erbrechtliche Gesamthandsgemeinschaft erstreckt sich jedoch nicht auf die Mitgliedschaft.
3. Die Sondererbfolge findet auch bei gesetzlicher Erbfolge statt.
4. Die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft äußert sich darin, daß der Wert der vererbten Mitgliedschaft in die Auseinandersetzung der Miterben einzubeziehen ist.
5. Der Sondererbe hat demnach die Miterben abzufinden, soweit der vermögensmäßige Wert der ererbten Mitgliedschaft den seines Erbteils übersteigt.
6. Der Sondererbe kann seine Haftung für die sog. Altschulden nach den Vorschriften des BGB auf den Nachlaß beschränken.
7. Für die sog. Neuschulden der Gesellschaft haftet der Sondererbe unbeschränkt persönlich, wenn er nicht von der Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung gemäß § 139 Abs. IV HGB Gebrauch macht.

E. Schluß:

Der Gedanke einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters einer Personengesellschaft wird insbesondere von der Rechtsprechung noch nicht in vollem Umfang anerkannt¹⁾.

Geltend gemacht wird vor allem, daß die Ausklammerung der vererbten Mitgliedschaft aus der Gesamthand der Miterbengemeinschaft zu einer Bevorzugung des Sondererben und damit zu einer Beeinträchtigung der Interessen Dritter führen könnte²⁾.

Diese gegen eine Sondererbfolge in die Mitgliedschaft erhobenen Vorwürfe haben sich jedoch als unberechtigt erwiesen. Wie sich aus den Ausführungen³⁾ ergibt, wird durch die Annahme einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft der Interessengegensatz zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht in befriedigender Weise und ohne Bevorzugung eines am Nachfolgevorgang Beteiligten gelöst.

Weiterhin ist deutlich geworden, insbesondere am Beispiel der Entscheidung BGHZ 22, 186⁴⁾, daß allein die Annahme einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft ein sinnvolles Zusammenwirken von erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Normen ermöglicht und damit, wie Siebert ausführt⁵⁾, einen klaren und von komplizierten Konstruktionen freien Weg zu einem wirtschaftlich im Grunde längst anerkannten Ergebnis zeigt. Diesem Gedanken wird sich die Rechtsprechung auf die Dauer nicht verschließen können, wenn auch der Bundesgerichtshof in der angegebenen Entscheidung eine Sonderbehandlung der Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft noch nicht in vollem Umfang durchgeführt hat.

1) BGHZ 22, 186 ff.; Kaufmann in JZ 1959, 522, 523; Fischer in L/M, 1957, 9/10, Bl. 434.

2) So der Vorwurf von Jäckel/Lange in Bd. II, S. 85 der Denkschrift des Erbrechtausschusses der Akademie für Deutsches Recht; Kaufmann in JZ 1959, 523.

3) Vgl. Ausführungen S. 51-53.

4) Vgl. Ausführungen S. 34-38.

5) Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, S. 25; Tiedau in MDR 1957, S. 641.

LEBENS LAUF

Albert Petersen, geboren am 25. August 1926 in Köln als Sohn des Bankprokuristen Karl Petersen und seiner Ehefrau Dora, geb. Reineke.

Von 1932 bis 1943 Besuch der Volks- und Mittelschule in Hildesheim.

Im Sommer 1943 Einberufung zur Wehrmacht (Kriegsmarine), Rückkehr nach Hildesheim im Juni 1945.

Von Anfang 1946 bis Ende Oktober 1951 Polizeibeamter im Dienst des Landes Niedersachsen.

Besuch der Abendoberschule für Berufstätige in Hildesheim und Ablegung der Reifeprüfung im September 1951.

Mit dem Wintersemester 1951/52 Beginn des Studiums der Rechtswissenschaften an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz. Erste juristische Staatsprüfung am 17. Juli 1956 vor dem Justizprüfungsamt beim Ministerium der Justiz des Landes Rheinland-Pfalz in Mainz.

Als Referendar im Vorbereitungsdienst des Landes Niedersachsen vom 15. Oktober 1956 bis zum 11. November 1960.

Mündliche Doktorprüfung am 22. Juli 1960. Große juristische Staatsprüfung am 11. November 1960 vor dem Niedersächsischen Prüfungsamt für die große juristische Staatsprüfung bei dem Niedersächsischen Ministerium der Justiz in Hannover.

Druck: Peter H. Laaser & Co. KG, Bockenem

